Kritische Ueberschau

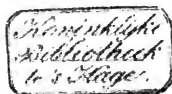
der deutschen

Gesetzgebung und Rechtswissenschaft,

herausgegeben

von

Dr. L. Arndts, Dr. J. C. Bluntschli und Dr. J. Pözl,

o. ö. Professoren der Rechte an der Ludwigs-Maximilians-Universität.

Zweiter Band.

München.

Verlag der literarisch-artistischen Anstalt.

1855.

Inhalt.

I.

Die neuere deutsche Gesetzgebung über den Civilproceß, insbesondere die Proceß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Großherzogthum Baden vom 12 April 1851.

Wir haben zwar in dem früheren Aufsatz die neuere deutsche Gesetzgebung über den Civilproceß betreffend [1]) erklärt, von vornherein auf eine vollständige Darstellung der neueren Entwürfe und Gesetze über den bürgerlichen Proceß zu verzichten; damit sollte jedoch nicht ausgeschlossen seyn, später noch auf andere als die dort besprochenen Arbeiten aufmerksam zu machen, zumal wenn solche wesentlich aus der von uns vertretenen Anschauungsweise hervorgegangen sind. Dieser Vorbehalt verstand sich um so mehr von selbst, als die Isolirtheit der deutschen Gesetzgebungs-Arbeiten es schwierig macht, den Leistungen der einzelnen Staaten immer zu folgen und dieselben vollständig zu überschauen. Nicht minder muß es uns gestattet seyn, die in dem früheren Aufsatze niedergelegten Grundzüge im einzelnen näher zu erörtern und die dortigen Gesichtspunkte zu erweitern. In beiden Beziehungen ist uns zu einem Nachtrag durch die Proceß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für das Großherzogthum Baden vom 12 April 1851 eine um so willkommenere Veranlassung geboten, da eine ebenso freundliche als beachtungswerthe Mittheilung, hervorgerufen durch den früheren Aufsatz, sich zugleich über die Bewährung des Gesetzes in der Anwendung ausgesprochen hat.

In Baden war bereits unter dem 31 December 1831 eine Proceß-Ordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten verkündet,

---

[1]) Kritische Ueberschau Bd. I. Heft 2 S. 296.

welche mit dem 1 Mai 1832 in Wirksamkeit trat. In dem Publicationspatent war festgesetzt, daß das ganze Gesetz am nächsten Landtag einer Revision unterworfen werden sollte.

Die Proceß-Ordnung wurde nun auch durch ein Gesetz vom 3 August 1837 geändert und ergänzt, und sollte noch weitere Aenderungen erleiden durch ein Gesetz vom 6 März 1845 über die Verfassung der Gerichte. Noch war dieses Gesetz nicht in Wirksamkeit getreten, als die Regierung zu umfassenderen Umgestaltungen schreiten wollte. Ein Gesetzentwurf vom 13 Mai 1848 sollte eine Umwandlung der Gerichtsverfassung durchführen, und ein Gesetzentwurf vom 26 Oct. 1848 vorzüglich in unterster Instanz das Verfahren abkürzen; die Verhandlungen hierüber geriethen jedoch durch die Vorgänge des Jahres 1849 ins Stocken. Am 18 März 1850 erfolgte sodann die Vorlage eines neuen Entwurfes, welcher nach der Ordnung des abzuändernden Gesetzes überarbeitet und nach verschiedenen Richtungen erweitert war, und welcher sodann die Grundlage der neuen Abfassung der Proceß-Ordnung bildete. Als die Hauptübel, denen begegnet werden sollte, wurden angegeben: 1) die Unredlichkeit in der Proceßführung, 2) der zu schleppende Gang der letzteren, 3) ihre unverhältnißmäßige Kostspieligkeit und 4) die Ungleichförmigkeit der Entscheidungen wegen mangelnder oder unklarer Proceßvorschriften. In erster Beziehung wird in dem Commissionsbericht an die erste Kammer, was wir zur Bestärkung des von uns in gleicher Absicht Vorgetragenen [1]) mitzutheilen uns nicht versagen können, wörtlich folgendes bemerkt: „Die freie, das selbstthätige Eingreifen des Richters ausschließende Bewegung, welche die Verhandlungsmaxime in ihrer bisherigen Reinheit den Parteien gewährte, erzeugte, einer schamlosen Entfaltung niedriger Gesinnungen Raum gebend, ganze Systeme des Läugnens und der Lüge, der Chikane und des Betruges offen und ungeahndet. Der Entwurf sucht nun durch Anwendung proceßpolizeilicher Mittel, unter Ausschließung illoyaler Waffen, einen ehrlichen Kampf um bestrittene Rechte wiederherzustellen, und damit auch wieder die verlorene Achtung vor dem Gesetze zu begründen." In der zweiten Beziehung wird

---

[1]) Ueberschau a. a. O. S. 302 Nr. 1.

in dem eben erwähnten Commissionsbericht sowie in jenem an die zweite Kammer gleichfalls, in Uebereinstimmung mit unserer Ansicht [1]) „der Verschmelzung der ordentlichen mit der abgekürzten Proceßweise", „der Entbehrlichkeit des Unterschiedes zwischen dem ordentlichen und summarischen Verfahren" das Wort geredet, in der vierten Beziehung die formelle Richtung, welche die Auffassung der Proceß-Ordnung von Seiten der Richter und Anwälte nahm, beklagt, und die Nothwendigkeit anerkannt, den Richter allenthalben auf die Forderungen der Zweckmäßigkeit nach Lage der Umstände und somit auch auf sein eigenes Ermessen hinzuweisen.

Nach dieser Angabe über die Geschichte der neuen Abfassung der Proceßordnung und Hervorhebung der Zwecke, welche durch sie erreicht werden sollten, ist nun das Gesetz selbst, welches die Oeffentlichkeit der Verhandlungen als Regel aufstellt (§. 1064), einer näheren Betrachtung nach den früher aufgestellten Gesichtspunkten zu unterziehen.

1) Bereits oben ist angedeutet, daß die Verhandlungsmaxime in ihrer Reinheit als verderblich erkannt wurde. Das Gesetz hat die Erforschung der Wahrheit im Civilproceß als sein Ziel anerkannt. Darauf beruhen die Strafen des frivolen Läugnens und des Lügens, darauf die Bestimmungen über das Fragerecht der Richter und der Parteien.

Das wissentliche Läugnen wahrer Thatsachen und das wissentliche Behaupten unwahrer Thatsachen ziehen eine Geldstrafe von 5 fl. bis 25 fl. oder im Falle der Uneinbringlichkeit eine Gefängnißstrafe bis zu acht Tagen nach sich (§. 274), welche Strafe bis zu 100 fl. oder Gefängniß bis zu vier Wochen steigen kann, wenn die Aechtheit einer Privaturkunde wissentlich abgeläugnet oder aus einem Scheinvertrag Angriffs- oder Vertheidigungsmittel abgeleitet worden sind (§. 275), Strafen welche auch den Anwalt oder Bevollmächtigten, wenn er im Einverständnisse mit der Partei zu einer wissentlich unwahren Erklärung mitgewirkt hat, und ihn allein treffen, wenn er dabei ohne Wissen und Willen der Partei handelte (§. 276). Der Richter ist befugt, über erhebliche, zur thatsächlichen Streitfrage gehörige Thatumstände, die von der

[1]) a. a. O. S. 303 Nr. 4.

Partei vorgetragen sind, welchen es aber noch an der erforderlichen Bestimmtheit oder Vollständigkeit fehlt, im Laufe der Verhandlungen und selbst nach dem Schlusse derselben Fragen an die Parteien zu stellen (§. 297); dasselbe kann, jedoch nur so lange die Verhandlungen noch nicht geschlossen sind, eine Partei an die andere durch das Organ des Richters (§. 300); eben so ist der Richter ermächtiget, so oft er es zur Ermittelung der Wahrheit für zweckmäßig erachtet, die Parteien, welche durch Bevollmächtigte vertreten sind, zur persönlichen Beantwortung bestimmter Fragen vorzuladen oder durch den Richter ihres Wohnortes darüber vernehmen zu lassen. Der Befragte ist schuldig bestimmte Antwort zu geben, ohne sich auf die Erklärung seines Vertreters beziehen zu können (§. 302). In dem mündlichen Verfahren, welches bei Untergerichten die Regel bildet (§. 217), während das schriftliche Verfahren nur in besonders verwickelten Streitigkeiten mit Genehmigung des Gerichtes entweder für den ganzen Proceß oder für einzelne Abschnitte desselben eintreten kann (§. 219, hat der Richter durch umfassende Anwendung des Fragerechts die thatsächlichen Streitpunkte zur Klarheit zu bringen, die Parteien auf ihre Befugnisse und Pflichten, auf die Rechtsnachtheile des Unterlassens von Vertheidigungshandlungen, sowie auf die Folgen der arglistigen Proceßführung aufmerksam zu machen (§. 634). Wir halten diese Abweichungen von der Verhandlungsmaxime um so mehr für gerechtfertigt, als auch die Vertreter des gemeinen Civilprocesses [1]) nicht läugnen, daß die Untersuchungsmaxime dem Streben nach Verwirklichung des materiellen Rechtes mehr zusagt, als die Natur der im Civilprocesse verfolgten Rechte, als veräußerlicher, wohl zu dem Verzichte auf dieselben, nicht aber zu deren Erstreitung oder Bekämpfung mit Lug und Trug berechtigt, und als die Objectivität der Stellung des Richters nicht dazu ausgebeutet werden darf, ihn zum willenlosen Werkzeug der Chikane zu machen, und ihm auf diese Weise seinen Beruf zu verleiden.

2) Die Verbindung des thatsächlichen Vorbringens mit der Beweisantretung ist für das mündliche Verfahren (§. 630), sowie für alle Nebensachen (§. 641) vorgeschrieben, die Anticipation des Beweises überall gestattet (§. 358—360).

---

[1]) v. Bayer, Vorträge 8te Ausg. S. 33.

3) Die Vereinfachung des s. g. Vorverfahrens ist zwar nicht in der Weise grundsätzlich ausgesprochen, wie wir es wünschten, [1]) jedoch bestimmt der §. 319 für das nur ausnahmsweise stattfindende schriftliche Verfahren den Schluß, wenn die Einwendungsschrift des Beklagten nur Antworten auf den thatsächlichen Grund der Klage enthält. Dem die Regel bildenden mündlichen Verfahren ist eine strenge Abtheilung nach den einzelnen Handlungen der Parteien ohnedieß fremd, da erst, wenn auf die oben zu 1) bezeichnete Weise die Streitpunkte festgestellt sind, über die beiderseits vorgetragenen Behauptungen und gestellten Anträge ein Protokoll aufgenommen wird (§. 635).

4) Das kurze mündliche Verfahren bildet, wie schon erwähnt, die Regel, und ist außer den Nebensachen noch für gewisse Sachen, als a) Streitigkeiten über persönliche Verbindlichkeiten, deren Gegenstand den Werth von 150 fl. nicht übersteigt, b) Streitigkeiten über Leistungen zu laufendem und künftigem Unterhalt, c) Streitigkeiten über Ansprüche, wodurch angefangene oder beabsichtigte Bauten aufgehalten werden, insofern der Streit nicht Eigenthums- oder Dienstbarkeitsrechte zum Gegenstand hat, d) für aus dem Dienstverhältnisse entspringende Streitigkeiten unbedingt vorgeschrieben (§. 641—642). Von den summarischen Proceßarten sind der Arrest- (Tit. 31), Mandats- (Tit. 32 und 33), der Executiv- und Wechsel- (Tit. 34), der Besitz- (Tit. 35) und der Provocationsproceß (Tit. 36) besonders behandelt. Die beiden Aufforderungen zur Klage finden nicht statt, wenn dem Auffordernden selbst eine Klage zusteht (§. 728). Eine Klage, dahin gerichtet, einen Anspruch, dessen der Gegner sich berühmt, für unstatthaft oder ungültig zu erklären, kennt das Gesetz nicht, so nahe es lag, eine solche in gleicher Weise zu gestatten, wie nach §. 278 auf Anerkennung von Rechtsverhältnissen und der daraus entspringenden Rechte und Verbindlichkeiten auch ohne die Voraussetzung einer bereits stattgehabten Rechtsverletzung geklagt werden kann, wenn der Beklagte ausdrücklich oder stillschweigend einwilligt, oder der Kläger ein rechtliches Interesse an der alsbaldigen Entscheidung hat.

---

[1]) Krit. Ueberschau a. a. O. S. 302 Nr. 3.

5) Eine vollständige Beweistheorie kann sich um deßwillen in der Proceß-Ordnung nicht finden, weil das Landrecht für das Großherzogthum Baden (bekanntlich eine Uebersetzung des Code Napoléon mit einigen Modificationen und Ergänzungen) in Buch III. Tit. III. Cap. 6 (Art. 1315 ff.), unter der Ueberschrift „von dem Beweis der Verbindlichkeiten und der Zahlung" die Regeln, die den schriftlichen Beweis, den Beweis durch Zeugen, die Vermuthungen, das Geständniß der Partei und den Eid betreffen, vollständig abhandelt. Der Notheid kommt vor (§. 586) und derselbe soll vorzugsweise jener Partei zuerkannt werden, von welcher nach allen Umständen und Verhältnissen der Sachen und der Personen die Wahrheit am sichersten zu erwarten ist (§. 587).

Einen Versuch der Einführung eines volksthümlichen Elementes in den Civilproceß enthalten die §§. 193—195, wornach den Parteien, wo sie Schiedsrichter bestellen dürfen, erlaubt ist, Richter der Thatsachen zu ernennen, wenn auf Beweis oder auf eine Beweiserhebung erkannt worden ist. Der Richter des Rechts stellt die Thatfragen auf, von deren Beantwortung die rechtliche Entscheidung unmittelbar abhängt, und setzt jede derselben, die eines Beweises bedarf, zur Beantwortung darüber aus, ob die Thatsache bewiesen sey oder nicht. Die Richter der Thatsachen haben die Antwort bejahend oder verneinend zu geben. Sie können keine Bedingung beifügen als das Erfordern eines Eides.

Nach den uns gewordenen Mittheilungen hat indessen dieses Institut, welches schon in der ersten Ausgabe der Proceßordnung vom Jahre 1831 aufgeführt war, bis jetzt sehr wenig Anklang im Volk gefunden. Viel besser hat sich die Vorschrift bewährt, welche dem Richter gestattet, von Amtswegen Sachverständige zu seiner Aufklärung zu vernehmen (§§. 480. 485. 486).

6) Die Eventualmaxime ist festgehalten (§§. 316, 632), nur da, wo die Entscheidung eines Rechtsstreites von der eines andern anhängigen Rechtsstreites abhängig ist, kann der Richter von Amtswegen das Verfahren über die abhängige Sache bis zur Entscheidung der präjudiciellen einstellen (§. 761).

Die von uns [1]) für den Richter in Anspruch genommene

---

[1]) Ueberschau a. a. O. S. 304 Nr. 6.

Befugniß, auf Antrag einer Partei oder von Amtswegen ausnahmsweise einen den ganzen Proceß definitiv beendigenden Punkt vorläufig allein zur Instruction und Entscheidung zu ziehen, soferne er schneller oder auf minder kostspielige Weise als die übrigen zur Erledigung gebracht werden kann, findet nicht statt.

Für die Richtigkeit unserer Forderung berufen wir uns nachträglich noch auf v. Bayer,[1] welcher lehrt: „Die unbedingte Ausdehnung der Eventualmaxime auch auf die Thätigkeit des Richters ist nicht zu billigen. Denn auch abgesehen davon, daß die Gesetze überall nur die Thätigkeit der Parteien hiebei im Auge behalten, würde — um diesem Grundsatze dem Richter gegenüber Nachdruck zu verschaffen — ein anderes Zwangsmittel als die Präclusion nöthig seyn, und nicht selten würde sogar die consequente Durchführung des Princips in dieser Richtung, anstatt der Beschleunigung, eine Verzögerung zur Folge haben."

Der von uns aufgestellten Forderung zufolge hat z. B. der Richter, wenn er bei Gelegenheit eines Besitzstreites in die Lage versetzt wird, über das Recht definitiv erkennen zu können, dieses zu thun und von dem Besitzstand zu abstrahiren; ebenso hat er, wenn er aus Veranlassung eines Arrestgesuches über die Ansprüche, die durch den Arrest gesichert werden sollen, vollkommmen ins Klare gesetzt wird, sogleich über diese Ansprüche definitiv zu urtheilen. Man würde außerdem dem Gerichte eine Thätigkeit zumuthen, die einem Schlag in das kalte Wasser zu vergleichen wäre. Diese Forderung ist in den §§. 666 und 721 nicht berücksichtiget, welche in beiden Fällen gesonderte Erkenntnisse verlangen. Wenn der Richter hiernach in gewissen Fällen sich über die Eventualmaxime hinauszusetzen hat, so sind die Parteien in anderen Fällen an solche zu binden, wo sie die bisherige Gesetzgebung zur Beachtung derselben nicht angehalten hat, nämlich in allen Fällen, wo eine Richtigkeitsklage wegen Außerachtlassung gesetzlicher Förmlichkeiten angestellt wird. Der Zweck des gerichtlichen Verfahrens und der Rechtsmittel besteht nur darin, wirklichen Beschwerden abzuhelfen, nicht aber darin, die vorgeschriebenen Förmlichkeiten um ihrer selbst willen aufrecht zu erhalten. Die Partei,

---

[1]) a. a. O. S. 39.

welche bloß das letztere will, erinnert an das Gebahren Shylock's:

„Ich will den Schein, nichts gegen meinen Schein;"
„Ich will den Schein, ich will nicht reden hören;"
„Ich will den Schein, und also sprich nicht mehr;"
„Ich will kein Reden, meinen Schein will ich."

Die Partei hat nicht bloß die Außerachtlassung der gesetzlichen Förmlichkeiten darzuthun, sondern auch die materiellen Behelfe darzulegen, welche sie im Falle ihrer Beobachtung geltend gemacht haben würde.

Wenn z. B. eine zum selbständigen Handeln vor Gericht unfähige Person den Proceß ohne die erforderliche Autorisation oder Vertretung geführt hat, oder wenn es an gültiger Bevollmächtigung desjenigen fehlt, welcher die Verhandlungen als Anwalt einer Partei gepflogen hat, so kann die Partei, auf deren Seite der Mangel stattfand, auf Nichtigkeit der Verhandlungen und des darauf gebauten Urtheils klagen; sie soll aber gehalten seyn, sodann sogleich die ihr zustehenden bis jetzt nicht oder nicht gehörig benützten Behelfe darzulegen, welche für sie ein anderes Ergebniß herbeigeführt haben würden.

Im entgegengesetzten Falle kann es sich ereignen, und es hat sich ereignet, daß die während 20 Jahren gepflogenen Verhandlungen wegen nicht gehöriger Vertretung einer Gemeinde als nichtig aufgehoben werden und sodann der neue Anwalt nur einige grundlose Widersprüche mehr vorbringt, welche geltend zu machen der frühere Anwalt nicht unverschämt genug war.

Diese wohlthätige Wirkung der Eventualmaxime ist bei §. 80 des Gesetzes außer Acht gelassen, welcher in einem solchen Falle die Nichtigkeitsklage ohne Darlegung der materiellen Behelfe gestattet.

7) Gegen das Beweiserkenntniß findet kein Rechtsmittel statt; dagegen steht es den Parteien offen, die Statthaftigkeit der Beweisauflage in der ähnlichen Instanz oder nach erfolgtem Endurtheile in höherer Instanz anzufechten, und es kann ihnen weder die Antretung des Beweises, noch die Unterlassung in dieser Hinsicht zum Nachtheile gereichen (§. 367).

Der Richter selbst ist befugt, bei Fassung des Endurtheils von der dem Beweiserkenntnisse zum Grunde liegenden Ansicht wieder abzugehen, um einer anderen Ueberzeugung zu folgen, oder,

wenn er in Folge des Beweisverfahrens eine Aenderung in der Beweisauflage für nöthig hält, mit Unterbrechung der weiteren Verhandlung auf diese zu erkennen (§. 368). Die Befugniß der Aenderung der Beweiserkenntnisse von Amtswegen steht auch den oberen Instanzen zu (§§. 1174, 1197).

Die Proceßordnung, deren Grundzüge nach den früher von uns aufgestellten Gesichtspunkten wir hier dargelegt haben, hat sich nach den uns gewordenen verlässigen Mittheilungen auch in der Anwendung vollkommen bewährt, wenn auch anfänglich manche ältere Praktiker sich in der Befreiung von gewohnten Formbanden nicht sogleich behaglich fanden.

Dr. Lauk.

II.

Ueber den ältesten Ordo judiciarius mit Rücksicht auf:

Magistri Ricardi Anglici ordo judiciarius ex codice Duacensi, olim Aquicinctino, nunc primum editus per Carolum Witte. Ictum Halensem. Halis 1853. 4⁰ S. 80 und X.

Die Schriften des Canonisten Richard aus England waren bis zur neuesten Zeit fast völlig unbekannt. Sarti hat in seinem trefflichen Werke über die Lehrer der Universität Bologna zwar die Titel derselben angegeben, aber seine Bemerkungen zeigen, daß er keines derselben gesehen habe. Als die ersten derselben führt Sarti Glossen zu den Decretalbriefen der römischen Päpste an und fügt hinzu, es sey schwer, diese Glosse von der des Rufinus und Rodricus zu unterscheiden, weil sie nach dem damaligen Herkommen nur mit dem Buchstaben R bezeichnet sey.

In einer Münchener Handschrift, früher dem Kloster St. Nikolaus zu Passau gehörig (Cod. S. Nicol. 83), führt das Werk die Aufschrift casus magistri Ricardi. Es besteht jedoch nicht bloß in einer Glosse, sondern enthält einen fortlaufenden kurzen Commentar zu den fünf Büchern der Decretalensammlung des Bernhard von Pavia, welche als die erste der zu Bologna von der Schule aufgenommenen Decretalensammlungen bekannt ist. Dieser Commentar richtet sich ganz nach der Eintheilung der von Bernhard breviarium extravagantium benannten Sammlung, und hat nur die leichteren Titel und Capitel entweder ganz übergangen oder mit der kurzen Bemerkung per se patet erwähnt. Am Schlusse des fünften Buches stehen folgende Verse:

Ad solitum suspiro metrum, ne deserat ortum.
Ortulanus, eques proelia, mergus aquas.
Concludo, refflecto gradum, contentio parva
Fructum provectae commoditatis habet.
Laus Christo, sociis vita, sophia decus. [1])

---

[1]) In der Handschrift steht Christe.

Die zweite Schrift ist ein Commentar über das Decret Gratians. Sarti bemerkt, Johannes Andreä habe sie stark benützt, nach Diplonatacius im Leben Richard's, welches wir bei Sarti leider vermissen, beginne sie mit den Worten: patres nostri omnes sub nube fuerunt. Sarti hat sie in den ihm zugänglichen Bibliotheken, sowie in den Katalogen der Handschriften vergebens gesucht. Er drückt sein Erstaunen darüber aus, daß man es in keiner Bibliothek Englands gefunden habe, und äußert deßhalb die Vermuthung, Richard müsse in Italien gelebt haben.

Diese Angabe Sarti's ist hinsichtlich der älteren Kataloge nicht richtig, denn in einem Kataloge der Klosterbibliothek zu Durham vom Jahre 1395 wird ein Werk Richard's erwähnt, dessen Titel aber zu allgemein angegeben ist, um für ein bestimmtes Werk Richard's entscheiden zu können, denn es heißt nur: libellus Rofredi de ordine judiciario et libellus Ricardi super jure canonico. [1])

Taillar hat diesen Commentar in einer Handschrift zu Douai aufgefunden, aus welcher er die Einleitung und Eintheilung dieses Werkes, welches den Titel magistri Ricardi super decreto distinctiones führt, abdrucken ließ. [2])

Die dritte Schrift, welche Sarti anführt, ist der ordo judiciarius. Sarti konnte keine Spur derselben auffinden, sondern bezieht sich nur auf die Worte Tancred's in der Vorrede zu seinem ordo judiciarius, nach welcher Richardus Anglicus zuerst eine solche Arbeit geliefert habe.

Taillar hat aus der schon erwähnten Handschrift von Douai eine Uebersicht des Inhalts gegeben. Witte hat in dem vorliegenden Werke den Inhalt dieses ordo ganz gegeben. Er enthält unter 39 Ueberschriften, von denen jedoch manche erst später beigefügt worden sind, einen nur wenig systematisch gearbeiteten Civil-Proceß mit einigen Zusätzen aus dem Civilrechte. Ueber

---

[1]) Man vergleiche den siebenten Band der publications of the Surtees society betitelt catalogi veteres librorum ecclesiae cathedralis Dundmensis. London 1834, 8° pag. 48.

[2]) Notice de manuscrits concernant la législation du moyen-âge. Par M. Taillar, conseiller à la cour royale de Douai. Douai 1845. 8° p. 41 seq.

die Lebensverhältnisse Richard's besitzen wir keine Nachrichten als die, daß er aus England stamme und Lehrer des Rechtes zu Bologna war. [1])

Die Zeit, in welcher er schrieb, hat Sarti nach den Worten Tancred's zu bestimmen gesucht. Nach Tancred schrieb Richard seinen ordo vor Pilius. Da Pilius im Jahre 1207 noch unter den Lebenden war, so zog Sarti daraus den Schluß, Richard müsse gegen das Ende des zwölften Jahrhunderts in Bologna gelehrt haben.

Witte hat es versucht, eine genauere Zeitangabe zu ermitteln, indem er den ordo des Pilius wie Bergmann bald nach 1198 setzt, für den ordo des Richard aber das Jahr 1190 annimmt. Hiezu veranlaßt ihn sowohl die Sammlung Bernhard's von Pavia, aus welcher die Decretalen bis auf eine genommen sind, wie das Formular eines Urtheiles, welches die Jahreszahl MCXX trägt. Letztere sucht der Herausgeber zu berichtigen, indem er an ihre Stelle MCXC setzt. Er sagt hierüber pag. VI: Modicam igitur adhibeamus medicinam. Centenarium numerum literae X repetitae substituisse sufficiet, ut perveniamus ad annum 1190. Im Widerspruche damit steht, daß er im Werke selbst pag. 43 in der Note 2 sagt: legendum puto MCCXX.

Nach der Ansicht Witte's schrieb Richard insbesondere für Canonisten, weil er die Stellen aus dem römischen Rechte ihrem vollen Inhalte nach ausschreibt, während er die aus dem canonischen Rechte nur mit Zahlen anführt.

Die Frage, ob Richard zum ordo ältere Arbeiten benützt habe, beantwortet der Herausgeber, mit Ausnahme der summa des Johannes Bassianus, verneinend. Er stellt es sogar in Zweifel, ob solche Arbeiten vorhanden waren, denn er sagt: praedecessorum, *si quos habuit,* operibus usum esse Ricardum non video.

---

[1]) Mazzetti repertorio di tutti i professori antichi e moderni della università, e del celebre instituto delle scienze di Bologna. Bologna 1817. 8° p. 263 wiederholt die schon früher ohne nähere Begründung ausgesprochene Meinung, Richard sey 1228 Bischof von Durham geworden, habe aber doch zu lehren fortgefahren. Er verweist auf Savioli annali di Bologna t. III. p. 14, nach welchem er 1229 in Bologna lehrte.

Diese Ansicht ist offenbar unrichtig, denn das canonische Recht hat eine ältere zweifache Bearbeitung des Processes aufzuweisen: zuerst eine solche, welche sich unabhängig vom römischen Rechte ausbildete, sodann eine zweite, welche das Proceßverfahren sowohl nach römischem wie nach canonischem Rechte zu regeln suchte.

Die ältere Bearbeitung des Processes findet sich in der Regel in den Canonensammlungen, selbständige Arbeiten bilden eine Ausnahme. Schon im achten Jahrhunderte hat die collectio Acheriana diesen Stoff in ihrem zweiten Buche behandelt. [1])

Die Bestimmungen über die Anklage, welche in dieser Sammlung vorzüglich der ersten Hälfte des zweiten Buches angehören, sind theils den älteren Synoden, theils den Decretalbriefen der Päpste bis auf Symmachus entnommen. Im neunten Jahrhundert findet sich im dritten Theile der collectio Anselmo dedicata derselbe Stoff behandelt. Die Ueberschrift dieses Theiles lautet de synodo celebranda et vocatione ad synodum, de accusatoribus et accusationibus, de testibus et testimoniis, de expoliatis injuste, de judicibus et judiciis ecclesiasticis vel saecularibus. Die Quellen sind dieselben, wie in der Acheriana, nämlich Canonen und Decretalen, für letztere ist besonders Pseudo-isidor's Sammlung stark benützt; außerdem aber werden auch noch die Briefe Gregor's des Großen und Novellen Justinian's aus der epitome Iuliani angeführt.

In dieselbe Zeit fällt auch ein Fragment einer selbständigen Arbeit über den Proceß, welches in einer Freisinger Handschrift des neunten Jahrhunderts (cod. Fris. 234) enthalten ist. Der Text beginnt mit den Worten: Gregorius Nazarenus ait: in omnibus causis ecclesiasticis tres personae eligendae sunt ad judicandum, episcopus, scriba, contemptibilis omnis negotii saecularis. Episcopus convocet seniores et scribam, scriba interroget scripturam, contemptibilis convocet omnes peritos, maxime conscientiam suam. In negotiis mundi rex et senex et peritus jure judicent. Rex convocet scribam, et scriba statuat judicium coram rege, senex convocet omnes et statuat, peritus convocet seniores et *convicales* ne temere judicaverit.

---

[1]) Secundus maxime de accusatis et accusatoribus, judicibus ac testibus, cum ceteris ad haec pertinentibus ecclesiasticis regulis.

An diese Worte reihen sich dreiundzwanzig größere und kleinere Abschnitte an, welche theils dem alten und neuen Testamente, theils den Kirchenschriftstellern entnommen und mit fortlaufenden Zahlen von II bis XXIV bezeichnet sind.[1])

---

[1]) II. De loco in quo debent judices judicare. Moyses in porta tabernaculi judicabat etc.

III. De modis quibus debent judices judicare. Augustinus ait: tribus modis judicibus judicandum etc.

IV. De admonitione judicum ut pacem et veritatem consequantur. Zacharias propheta ait, pacem et veritatem diligite etc.

V. De recto judicio inter civem et peregrinum et inter divitem et pauperem. Lex dicit, quod justum est judicate etc.

VI. De eo quod prohibeat Deus discritionem personarum in judicio.

Deuteronomium dicit, non erit ulla distantia personarum apud vos etc.

VII. De eo quod non decet judices timere homines in judicio sed Deum.

Patricius ait, non oportet judices timorem habere etc.

VIII. De eo quod timendum in judicio mendacium.

Patricius ait, non oportet judices ecclesiae judicare mendacium etc.

IX. De eo quod non minus peccatum linguae est quam peccatum manuum.

Augustinus ait, nemo peritorum et prudentium putat etc.

X. De probatione judicii.

Salomon dicit, da occasionem sapienti ut prudentior fiat etc

XI. De querela veri judicii *pereuntes.*

Ezechiel ait, periit judex qui verum in porta judicabat etc.

XII. De minis judicum et non pervertantur a vero judicio.

Dominus in evangelio dicit, in quocunque judicio judicaveritis judicabitur de vobis etc.

XIII. De difficultate conversionis doctoris si ipse erraverit, nec non et judicis.

Dominus in evangelio ait, vos estis sal terrae etc.

XIV. De honore bonorum judicum.

Lex dicit, nolite contradicere judici etc.

XV. De eo quod judex bonus eligendus.

Lex dicit, venies ad sacerdotes levitici generis etc.

XVI. De eo quod nulla gens, nullaque aetas ab judicio prohibenda, si recte judicet.

Moysis suscepit consilium ab alienigena etc.

XVII. De donis non recipiendis pro veritate ostendenda.

Daniel ad Euchilmeradach ait, munera tua tibi sint etc.

Mehrere dieser Abschnitte sind in ein gleichzeitiges größeres Werk übergegangen, welches sich gleichfalls in der Münchener Staatsbibliothek in einer Benedictbeurer Handschrift (cod. Benedictob. Nr. 92) aus der zweiten Hälfte des neunten Jahrhunderts findet. Dieses Werk trägt die Ueberschrift: incipit de ordine inquisitionis causarum. Die Sammlung enthält 250 Abschnitte. Sie beginnt mit einer dem Innocentius zugeschriebenen Stelle über die Entscheidung der Rechtssachen, welche sich auch im Decrete Gratian's wiederfindet (c. 3 D. 20) und schließt mit einem Fragmente aus Gregor von Nazianz de laicis non judicantibus praesentibus sanctis.

Die Quellen derselben sind die heilige Schrift, die Kirchenväter, Canonen und Decretalen. Fragmente des römischen Rechtes kommen in ihr nicht vor. In den Canonensammlungen sind, wie schon bei der collectio Anselmo dedicata bemerkt wurde, einzelne Stellen desselben enthalten, sie sind aber weder der Zahl nach bedeutend, noch systematisch verarbeitet. Erst mit der Wiederbelebung des römischen Rechtes durch die Rechtsschule zu Bologna fing man auch von Seite der Canonisten an, das römische Recht mit dem canonischen zusammenzustellen und systematisch zu be-

---

XVIII. De muneribus pervertentibus recta judicia non recipiendis. Dominus in lege, non accipistis munera quae excaecant oculos etc.

XIX. De judicio clericorum ut non sit apud iniquos et stultos insipientes peccatores.

Paulus ait, auferte malum ex vobis ipsis.

XX. De eo quod non debent laici judicare praesente episcopo vel scriba.

Gregorius Nazianzenus ait, si episcopus aut scriba praesentes sint etc.

XXI. De eo quod non judicandi sint clerici a laicis, sed laici a clericis.

Constantinus rex ait ad episcopos ad se congregatos CCCXVIII: Deus vos constituit sacerdotes etc.

XXII. De brevitate conductionum.

Jesaias ait, vae mihi quia tacui etc.

XXIII. De tarditate conductionum.

Salomon dicit, noli judex esse, cito sapiens tacebit usque ad tempus etc.

XXIV. De eo *que* non debet omnis judex volubilis esse in judicio.

In evangelio Pilatus ait, scripsi quod scripsi etc. etc.

arbeiten, wie dieß in den ältesten Commentarien des Huguccio, Johannes Faventinus, Sigehard von Cremona u. s. a. der Fall ist.

Auch der Proceß wurde bei den geistlichen Gerichtshöfen größtentheils nach römischem Rechte geführt, weßhalb der heilige Bernhard .dem Papst Eugen III (1145—53) zurief: Quotidie perstrepunt in tuo palatio leges, sed Justiniani, non domini. Rectius etiam? Istud tu videris. Nam lex domini immaculata, convertens animas, eae autem non tam leges quam lites sunt et cavillationes.

Eine solche Proceßordnung von einem unbekannten Verfasser ist in drei Handschriften der Münchener Staatsbibliothek enthalten (cod. S. Nicolai 84, Pollinganus 12 und Benedictoburanus 55), welche sämmtlich dem zwölften Jahrhunderte angehören und im nachfolgenden Texte mit N. P. und B. bezeichnet sind.

Die Berufung auf Martinus Gosia († um 1166) und das älteste Datum der Anklageformel 1171 weisen gleichfalls auf die zweite Hälfte des zwölften Jahrhunderts hin. Diese Proceßordnung ist, wie die Ueberschrift zeigt, durch die erste Rechtsfrage der causa II des Gratian'schen Decrets: an in manifestis judiciarius ordo sit requirendus veranlaßt, und bezieht sich daher sowohl in der Ueberschrift wie in den Eingangsworten: In principio de ordine judiciario agitur auf den Text der causa II. Sie ist in zwei Handschriften mit Zusätzen vermehrt.

Die Benedictbeurer hat als solche Zusätze die Abschnitte de excommunicatione, quid praelatis debeamus, super decreta, de sacramento jurisjurandi und de sacrilegiis.

Die Pollinger schließt mit dem Abschnitte quid praelatis debeamus. Dem Text ist hier die Handschrift von St. Nikolaus zu Grunde gelegt, weil sie die besten Lesearten enthält, wie die in den Noten beigefügten Abweichungen der beiden übrigen Handschriften zeigen.

Da dieser ordo judiciarius unter den bisher bekannten der älteste ist, da er nicht wie der ordo Richard's bloß den Civilproceß, sondern auch den Criminalproceß umfaßt und von beiden eine gedrängte systematisch gearbeitete Uebersicht gibt, so sieht sich Referent im Interesse der Rechtsgeschichte veranlaßt, ihn hier seinem vollen Inhalte nach mitzutheilen.

Ordo judiciarius.
Causa II. Quaestio I. [1]

In principio de ordine judiciario agitur. Cujus noticia quia in multis decretorum locis admodum necessaria est, de eo hic tractare utile duximus. [2]

Judiciarius ordo tam in civilibus quam in criminalibus requirendus est causis.

Civilis causae nomen modo largius modo strictius [3] accipimus; largius ut dividat civilem causam contra criminalem, strictius ut contra ecclesiasticam. Item dicitur civilis forensis tantum.

Hic autem generaliter [4] civilem causam dicimus, sive forensis sit sive ecclesiastica, quae [5] crimen non intendit, sed tantum circa commodum vel incommodum pecuniae vertitur. [6] In his omnes illae numerantur, quae de quibuslibet rebus ecclesiasticis vel forensibus, mobilibus vel immobilibus, spiritualibus vel corporalibus suscitant quaestiones, dum modo intentione alicujus criminis eam quae rea constituitur personam non tangant. [7] Circa hujusmodi civiles causas sic judiciarius ordo procedit.

De civilibus. [8]

Primum est, ut actor libellum conventionalem scribat, in quo querelae suae materiam et formam et modum concipiat contra illum quem vult deferre reum.

Scriptum debet porrigere judici. [9]

Continentiae libelli hic debet esse tenor: Ego N. conqueror deo et tibi de illo N. [10] qui vineam vel agrum meum injuste detentat, et peto ut et justitiae et aequitatis partes mihi exhibeas.

Susceplo libello judex debet ab actore pignoraticiam [11] vel fide jussoriam vel juratoriam cautionem exigere. Qui nisi litem contestatus fuerit, ipse in duplo omne damnum quod reo super hoc evenerit [12] resarciat, et eum indemnem faciat.

Post hanc exhibitam cautionem poterit et aliam exigere, ut, nisi post litis contestationem causam suam usque ad judicii ventilationem

---

[1] Die Ueberschrift fehlt in P, welcher dafür hat: De ordine juditiario.
[2] tractare vile dicimus B; non vile ducimus P.
[3] remissus B und P.
[4] generaliter fehlt in P.
[5] qui B.
[6] pecuniarie videntur B und P.
[7] Der Satz: dum modo — tangant fehlt in B und P.
[8] Die Ueberschrift fehlt in N und P.
[9] Scriptum debet porrigere judici fehlt in P.
[10] N. fehlt in B und P.
[11] per pignorantiam B und P.
[12] eveniret P.

fuerit prosecutus, decimam quantitatis libello comprehensae restituat in poenam, quia litem injuste movisse videtur, ita tamen ut XXXVI aureorum summam non excedat. Et si decima major fuerit, ad hanc summam redigatur, singulis aureis pro singulis solidis computatis. Haec autem decima dabitur reo pro expensis. [1])

His peractis [2]) tradet judex libellum conventionalem apparitori sive executori, et citabit reum, mittens cum litteris suis eundem libellum. [3])

Tunc reus subscribet, qua die eum susceperit; et ab ea die habebit inducias XX dierum ad deliberandum, quid potius eligat, cedere an [4]) contendere. Dicuntur autem hae induciae deliberationis, pro quibus consuetudo generalis habet modo quindenas.

Veniente die post elapsum tempus induciarum [5]) reus aut veniet aut non.

Esto ut veniat, ut hanc partem primo prosequamur, requisitus a judice vel cedere vel [6]) contendere se velle fatebitur. Si cesserit, negotium finem habet. Si contendere elegerit, exigetur ab eo primo satisdare judicio sisti, scilicet ut stet judicio; hoc autem per aliquam cautionem, nisi tam idonea [7]) inveniatur persona, ut judex illius [8]) nudam admittat [9]) promissionem. Tamen si rei immobilis possessor est, videtur quasi exemptus a debito hujus satisdationis, cum non possit etiam volens fugere judicem.

Post sequitur juramentum de calumnia. [10]) Hic distinguendum est. Aut enim personae litigantium sunt ecclesiasticae, aut laicales. Item aut est res ecclesiastica de qua agitur, aut alia res privata. Si res ecclesiastica est, quaecunque sint personae, non requiritur juramentum calumniae. Si res est non ecclesiatica, et personae ecclesiasticae, in arbitrio judicis est, personarum qualitate inspecta hoc jusjurandum vel imponere vel indulgere. Actor jurabit, quod non animo calumniandi sed intentione prosequendi rem quam sibi credit deberi contendit. [11]) Reus autem [12]) jurabit, quia non cum conscientia rei alienae sed intentione defendendi sibi quod suum credit repellit actorem.

His transactis contestabuntur litem per se ipsos, cessante adhuc

---

[1]) pro exemplis B und P.
[2]) his ita peractis B und P.
[3]) libellum fehlt in P.
[4]) aut contendere B und P.
[5]) induciatur B und P.
[6]) aut cedere aut P.
[7]) nisi certa idonea B; nisi idonea P.
[8]) illius fehlt in P.
[9]) nudam possit admittere B und P.
[10]) juramentum calumnie B und P.
[11]) contendat P.
[12]) autem fehlt in B und P.

advocatorum opera.[1] Actor proponet[2] narrationem ex ordine de facto. Inde reus proponet[3] propulsationem.

Mox per advocatos causa ventilabitur usque ad testium vel instrumentorum productionem. Tunc si opus fuerit poterunt induciae postulari, ut quaerantur necessaria in causa.[4] Et dicuntur hae induciae necessitatis. Tempus earum penes judicis arbitrium erit.[5] Habetur tamen ex lege. Quodsi fuerint[6] in eadem provincia, quae[7] in causa dicuntur esse necessaria, trium mensium dabuntur induciae; sed[8] si in alia provincia, sed contigua, sex mensium; si in transmarina,[9] novem mensium. Dicunt et canones, quod interdum sex mensium, interdum unius anni, interdum anni et dimidii dandae sunt induciae.

Quibus elapsis die statuta testes[10] producuntur. Qui si ad agnoscendam plene veritatem rei non suffecerint, poterit haec et illa pars aliam testium productionem postulare. Si[11] et tertiam et quartam, judex negare non poterit; sed non ultra quartam audiet eos. Testes ergo prius jurabunt, se de requisitis ex utraque parte quae noverunt[12] vera dicturos. Deinde diligentius examinabuntur, si consoni, si varii circa rem vel circa locum vel circa tempus et alias circumstantias, si omnes verba subornata proferant, et quae pateant ab aliquo eis dictata[13] esse vel inter se studiosius contulisse. Post hujusmodi examinationem quaeretur a partibus, utrum testibus velint renuntiare. Et eis renuntiantibus scribentur testimonia.

Tunc licebit advocatis de testium personis disputare, et jura allegare. Si aliqua[14] quaestio juris emerserit post, quaeret judex a partibus, utrum voluerint allegationibus renuntiare. Eisque renuntiantibus judex cum assessoribus seorsum de allegationibus disputabit, et partium meritis ponderatis deliberatione decoctam et de libera justitia[15] procedentem firmabit sententiam; et partibus convocatis denuntiabit eam, absolvendo reum vel condemnando.

---

1) opere B und P.
2) proponit P.
3) opponet B und P.
4) P hatte ursprünglich *ex* causa, worüber von derselben Hand *in* geschrieben ist.
5) est B und P.
6) fuerit B.
7) eaque B und P.
8) sed fehlt in B und P.
9) si transmarina B und P.
10) testes fehlt in B und P.
11) Sed etiam tertiam B; sed et tertiam P.
12) noverint B und P.
13) dicta B und P
14) statt aliqua haben B und P autem.
15) deliberationem N; detectam et deliberatione B; detectam ex deliberatione P.

Contingit saepe, [1]) non per principales personas sed per procuratores [2]) tractari causarum negotia. Jamque [3]) opus est considerare, quid sit hic judicis officium. Esto ut absente actore aliquis se dicat procuratorem actoris. Hic opus est distinctione. Aut enim constat, illum habuisse mandatum ab actore, ut si coram positus eum procuratorem constituerit, vel suum procuratorem esse actis id est litteris suis insinuaverit; aut constat, non habuisse mandatum ab actore, vel in dubium venit. Si constiterit habuisse, admittetur sine cautione de rato. [4]) Si constiterit non habuisse, repelletur nisi in casibus. Si enim fuit ejus propinquus, vel ei [5]) familiaritate conjunctus, admittetur [6]) praestita cautione de rati habitione. [7]) Et haec cautio juratoria erit vel aliqua [8]) aliarum. Porro si in dubium venit [9]) de mandato ab actore accepto, in arbitrio judicis erit, repellere eum vel data cautione admittere. Haec circa procuratorem ex parte actoris. Procurator ex parte rei admittitur indistincte data cautione judicatum solvi.

Hic est judiciarius ordo, si venerit ipse [10]) vel per procuratorem qui reus defertur. —

Sed esto ut contumax sit, et delapsis induciis [11]) deliberationis non [12]) veniat, citabitur a judice datis induciis quae dicuntur citationis. [13]) Quod si adhuc in contumacia sua perstiterit, secundo [14]) et tertio citabitur. Tres autem istae citationes dicuntur edicta. Post quae sequitur quartum, quod dicitur peremtorium. Et ut in singulis propria reddas vocabula, poterit primum [15]) dici citatorium, et concipietur citando; [16]) secundum commonitorium, et concipietur commonendo; tertium comminatorium, et concipietur comminando; quartum peremtorium, et concipietur perimendo [17]) id est removendo omnem aliam citationem, et dicetur: nisi veneris, scias quod [18]) nos

---

[1]) contingit autem saepe B und P.

[2]) curatores B.

[3]) statt jamque haben B und P post.

[4]) Der Satz si constiterit — rato fehlt in B und P, welche lesen: si constiterit non habuisse repellitur B; si enim constiterit non habuisse repellitur P.

[5]) ei fehlt in B und P.

[6]) admittitur P.

[7]) obitione B.

[8]) vel aut B; velut P.

[9]) venerit B und P.

[10]) vel ipse B.

[11]) et fehlt in N; elapsis P; elapsis judiciis B.

[12]) non fehlt in B.

[13]) citationes B.

[14]) perstiterit et secundo B.

[15]) primo B und P.

[16]) a citando P.

[17]) secundo comminatorium et concipietur comminando; quartum peremtorium et concipietur perimendo etc. B; secundo comminatorium et concipietur a comminando; tertio peremtorium et concipietur a perimendo etc. P.

[18]) quia B und P.

sive pro te sive contra te de lance aequitatis sententiam statuemus. Debent autem esse secundum leges[1]) inter edictum triginta dies. Sed hodie in arbitrio judicis est, et[2]) pro omnibus edictis sive pro aliquibus unum peremtorium facere, et tempora inter edicta contrahere.

Si post edictum peremtorium adhuc in contumacia perseverat reus, quid quoque hic judicis officium sit videamus. Refert, utrum conveniatur in rem an[3]) in personam.

In rem convenitur, si reus aliquam rem possidet quae petatur, ut hic equus, hic ager et[4]) hujusmodi; in personam, si debito[5]) vel alia obligatione conveniatur.

Esto ut conveniatur in rem, fundabit actor intentionem suam et muniet partem suam testibus et instrumentis. Si plene instructus est judex, ut jam non sit dubium, pro qua parte ferre debeat[6]) sententiam, pronuntiabit pro actore, si[7]) merita causae ejus hoc exigant. Quod si in contrarium[8]) suadeat ratio, sicut habetur in legibus, absentiam rei suppleat praesentia dei; et pro[9]) reo licet absente debet dari sententia, sed non sine poena. Condemnabit enim eum judex in expensis petitoris, quae factae sunt ab eo vel evehendis[10]) testibus, vel in conducendis advocatis, vel in aliis justis expensis.

Porro si pro petitore lata fuerit sententia contra reum absentem[11]) qui in rem conveniebatur, licet adhuc incertum sit, cujus sit proprietas,[12]) petitor possessor fiet; et in poenam contumaciae suae ei[13]) qui prius erat possessor postmodum onus probationis incumbet.[14]) Ceterum si secunda vel tertia die veniat qui contumax fuit, et velit stare judicio,[15]) et sub hoc obtentu[16]) petat restitui, secundum quosdam restituendus est, si lis contestata non fuerit; si contestata fuerit, non est restituendus. Martinus dicit, quod neutro modo restituendus sit.[17]) Sed nec contumaci licet appellare adjudicata actori possessione

---

1) legem P.
2) et fehlt in B und P.
3) vel P.
4) hic agitur hic equus et B und P.
5) de debito B und P.
6) debeat fehlt in B.
7) sed B.
8) exigant. Quodsi absens facie praesens autem auctoritate spiritus qui nusquam abest si in contrarium B und P.
9) pro fehlt in P.
10) quae ab eo facere vel in vehendis B; in vehendis P.
11) absentem fehlt in P.
12) cujus sit rei proprietas B; cujus rei sit P.
13) et B.
14) incumbit P.
15) in judicio B.
16) secundum hoc obtentu B und P.
17) modo est restituendus B und P.

seu proprietate. At si post [1]) primum vel secundum edictum venerit [2]) reus et justas absentiae suae causas allegaverit, instituetur causa sicut ab initio. Si justas causas absentiae suae allegare non valuerit, adjudicabitur possessio actori, sicut et [3]) si absens fuisset.

Ceterum si in personam conveniatur, reus aut veniet, aut non. [4])

Si reus venerit, [5]) et in pecunia requisita condemnatus judicio fuerit, habebit inducias solvendae judicationis quadrimestres secundum leges.

Si contumax non venerit, nihilominus judicis erit, de causa cognoscere, et reum absolvere vel damnare. [6]) Attamen si absolutus fuerit, condemnabitur in expensis. [7]) Si fuerit condemnatus, mittetur actor in possessionem praedii vel agri vel alterius rei ad reum pertinentis sub mensura debiti declarati. [8])

Quod si postmodum reus venerit, et judicio stare voluerit praestita satisdatione judicio sisti et judicatum solvi et salvis petitoris [9]) expensis, restituetur [10]) et audietur. Sed usque ad quod tempus debeat sic admitti, non habemus diffinitum [11]) nec ex lege nec ex canone.

Potest quoque et actor contumax inveniri, sicut et reus. Si igitur per contumaciam [12]) abfuerit, trinis edictis citabitur, sicut et reus. Si nec sic venerit, absolutus abibit reus, et contumax condemnabitur in expensis. Si autem [13]) infra annum petitor audiri voluerit, praestita cautione [14]) de lite persequenda et solutis expensis audietur. Sed [15]) si infra annum siluerit, cadet a causa.

Quid ad judicis officium pertineat circa contumacem, breviter dictum est.

Potest attamen [16]) accidere, ut non ex contumacia [17]) reus absens [18]) fuerit, sed alia causa interveniente non potuerit [19]) venire prorsus, vel non libere potuerit. [20]) Esto ut veniat causam allegans absentiae,

---

1) at sed si post B; sed si post P.
2) N gibt non venerit, hat aber unter non das Correctionszeichen.
3) et fehlt in P.
4) veniet aurum B.
5) reus fehlt in B und P; si intus venerit B.
6) reum vel damnare vel asolvere B und P.
7) expensa B und P.
8) Die Worte ad reum — declarati fehlen in B und P.
9) petitori B und P.
10) et restituetur B und P.
11) usque ad tempus debeat sic admitti diffinitum non habemus B; sed si usque ad tempus sic debeat admitti diffinitum non habemus P.
12) post contumaciam B.
13) si jam B und P.
14) praestat cautionem B und P.
15) sed fehlt in B und P.
16) enim B und P.
17) non contumacia B und P.
18) absens reus P.
19) potuit B.
20) vel libere non potuit B; vel libere non potuerit P.

refert an causam praetendat [1]) justam et non necessariam, an et [2]) justam et necessariam. Si justam et non necessariam, referre dixeris utrum lis adhuc contestata [3]) fuerit an non, rursus an defensus fuerit an indefensus. Si ante litis contestationem et indefensus restituetur ad causam. Si ante litis contestationem et defensus, [4]) vel post litis contestationem et indefensus, audietur ad appellandum tantum; et habebit inducias appellationis a die qua sciverit [5]) se spoliatum, numerandos decem dies. [6]) Sed appellabit in scriptis, non [7]) aliter. Si vero post litis contestationem et defensus, vix audiatur [8]) etiam ad appellandum. Si allegaverit causam necessitatis et ante litis contestationem et defensus, vel post litis contestationem et indefensus, restituetur [9]) omnino; si post litis contestationem defensus, [10]) audietur ad appellandum tantum.

Porro si in ordine judiciario judex peccaverit [11]) vel in modico, poterit reus qui spoliatus est petere restitutionem; et habebit [12]) inducias petendae restitutionis usque ad annos [13]) triginta, si probare poterit, se non legitimo [14]) ordine spoliatum. Facta vero sibi restitutione [15]) si per diem manserit spoliatus, habebit inducias permanendi in restitutione facta sibi [16]) sex mensibus. Si vero amplius quam per unum diem fuit spoliatus, habebit annum [17]) et dimidium.

Ex his colligimus multas induciarum differentias. Nam aliae sunt deliberationis, aliae necessitatis, aliae solvendae judicationis, aliae appellationis, aliae restitutionis.

Et haec circa causas civiles.

De criminalibus. [18])

In criminalibus vero judiciarius ordo sic procedit.

Primo in conspectu judicis instituitur ab actore querela.

---

1) praetendat causam P.
2) et fehlt in P.
3) necessariam referre dixerit utrum inde adhuc contestata B; necessariam dixerit refert utrum inde adhuc lis P.
4) Die Worte restituetur — defensus fehlen in B und P.
5) scivit B und P.
6) numerando per dies B und P.
7) et non P.
8) vix est ut audiatur B und P.
9) indefensus inde restituetur B.
10) et defensus P.
11) peccatum B.
12) habeat B und P.
13) ad dies P.
14) se ex legitimo B und P.
15) factam vero sibi restitutionem B.
16) restitutionem factam sibi B.
17) habebit inducias annum B und P.
18) Die Ueberschrift fehlt in N.

Inde citandus est a judice reus, ut veniat tali personae de tali crimine et [1]) tali die responsurus.

Suscepto mandato habet reus inducias praeparationis et disponendi moestos penates [2]) sicut dicitur in lege. Disponere enim debebit domui sui tanquam qui abiturus est in incertum. [3])

Veniente die debebit judex exigere ab utroque cautionem, ab actore de lite persequenda, a reo de se defendendo. Quod si non poterunt, custodiae mancipandi erunt, habita tamen [4]) dignitatis ratione, si alter altero major fuerit. [5])

Praestita cautione forte poterit exigi juramentum calumniae. Nam cum hoc in causis civilibus, non videbitur ratione defendi, in criminalibus hoc observari, licet quibusdam aliter videatur. [6])

Post hoc locus est ut offeratur [7]) judici libellus inscriptionis conceptus in hunc modum, ut comprehendatur circa ecclesiastica annus ab incarnatione domini, [8]) mensis [9]) et dies inscriptionis, nomen romani pontificis eo tempore praesidentis, et episcopi loci, nomen [10]) judicis sub [11]) quo defertur reus, nomen actoris et rei, crimen, et locus ubi dicitur perpetratum. Non est autem necesse, diem vel horam comprehendere quo factum est, sed mensem tantum hoc modo: In nomine domini nostri Jesu Christi anno ab incarnatione domini MCLXXI mense junio III cal. julii Alexandro III universali ecclesiae praesidente, t. episcopo Ambrosio ego Titius defero Mevium reum ante archiepiscopum R. de [12]) crimine tali quod commisit anno ab incarnatione domini tali, mense tali, loco tali, Alexandro III tenente [13]) sedem apostolicam, t. Amb (rosio) episcopo. [14]) His praemissis debet accusator subscribere: ego Titius [15]) huic accusationi subscribo, et

---

1) et fehlt in P.

2) B penates id est moestam familiam; in P ist über penates geschrieben moestam familiam.

3) in exercitum B und P.

4) tamen fehlt in P.

5) erit P.

6) Dieser Satz nam cum — videatur fehlt in B und P.

7) Post hoc opus est ut ostendatur B und P.

8) domini fehlt in B.

9) mensis fehlt in N.

10) et loci et nomen P.

11) sub fehlt in B und P.

12) domini MCLXXVIII mense .... Alexandro III universali pontifice praesidente augurante episcopo Hartwico ego Tecius defero Mevium reum ante episcopum Remensen de B; domini MCXC mense .... N. universali pontifice praesidente Brixine episcopo N ego Tecius defero Mevium reum ante episcopum Remensem de P.

13) tali N tenente B.

14) domini mense tali, tali loco, tali N tenente sedem apostolicam P. Die Worte t. Ambrosio episcopo fehlen sodann in P.

15) Tecius B.

me eam usque ad diffinitivum calculum quantum mea intererit[1]) persecuturum promitto. Libellus hujusmodi vinculum inscriptionis dicitur, quod offerentem obligat judici sub poena calumniatoris.

Hac inscriptione lecta et judici porrecta dabuntur ad instruendam causam induciae necessitatis.

Veniente autem die instituetur accusatio per principales personas actoris et rei, nunquam vero per[2]) procuratores, nisi in uno casu, scilicet ubi insignis persona aliquam vilem personam accusat de injuriis sibi ab illo irrogatis, vel e contrario. Sine libello vero non est ecclesiam[3]) deferre reum[4]) de crimine, nisi persona accusatoris talis sit quae non teneatur jus nosse, ut mulier,[5]) quae tamen in accusatione non recipitur, nisi suam vel suorum prosequatur injuriam. Licebat etiam de jure antiquo marito, deferre[6]) uxorem ream de adulterio sine scripto, quod in autentico correctum est. Potest tamen eam accusare sine metu calumniae.

Et[7]) proposita accusatione sequitur testium productio.

Quibus productis, et depositis testium attestationibus atque examinandis testibus renuntiato[8]) etiam attestationibus et eisdem scriptis et lectis sequitur disputatio de jure per advocatos.[9])

Tandem judicis erit, dare sententiam condemnationis vel absolutionis. Sed refert in quam formam absolutionis protulerit sententiam. Nam si sic dixerit convertens[10]) sermonem ad accusatorem: quod intenderas crimen non probasti, et ideo istum absolvo, lex dixit quod pepercisse videtur accusatori, et poenam remisisse calumniae. Sed[11]) si dixerit: ego istum absolvo quia tu calumniatus es, et si nihil aliud dicat, infamis effectus est; et potest judex de jure eum illi[12]) subjicere poenae, quae sequeretur convictum reum secundum illum:[13]) calumniantes ad poenam poscit similitudo supplicii. Sed eximitur a poena calumniae et qui intendit crimen[14]) quod probabili-

---

1) interest B und P.

2) nunquam per B und P.

3) N gibt am mit einem über das a gesetzten e.

4) insignis aliqua persona accusat quam vilem personam de injuriis sibi ab illa irrogatis vel equo si non libello vero non est aliquid differre reum B; insignis aliqua persona accusat vilem personam de injuriis sibi ab illa irrogatis vel equo si non libello vero non est aliquid differre reum P.

5) ut mulier fehlt in B und P.

6) Martino deferre B und P.

7) Et fehlt in B und P.

8) N gibt renuntiatio.

9) atque exunitatis testibus renuntiato etiam attestationibus ex ejusdem scriptis et lectis sequitur disputatione juris advocatos B; atque exunitis testibus renuntiato etiam attestationibus ex eisdem dictis et scriptis sequitur disputatio juris per advocatos P.

10) dixerit committens B; dixerit mittens P.

11) sed fehlt in B und P.

12) eum de jure illi P.

13) illud B und P.

14) intendit falsum crimen B; intendit crimen falsum P.

bus praesumtionibus tractus putat verum, et qui proximi sui injurias ex pietate persequitur. [1])

Nunc quae in criminali causa partes judicis sint circa contumaces videamus. Si missis [2]) tribus edictis vel uno peremtorio reus per contumaciam venire contemserit, sustinendus est a judice paternali pietate septem diebus. In quibus si non venerit, iterum exspectandus erit aliis septem. [3]) Post quos si non venerit, iterum aliis septem; sed non sine poena: debet [4]) enim judex ecclesiasticus ei introitum prohibere ecclesiae, et ab officio suo suspendere, si minister altaris est [5]) qui impetitur. Si his [6]) quoque diebus elapsis non venerit, per duos dies iterum erit sustinendus, ingravata manu super eum, ut auferatur ab eo communio [7]) fidelium. Post hos etiam duos dies de majori indulgentia tolerabitur per [8]) alios duos dies. Et si nec tunc venerit, suspendetur adhuc per unum diem sententia Et tunc [9]) tandem his omnibus exspectationum frustratis induciis [10]) inemendicatum suffragium [11]) lacrimabiliter in eum pronuntiabitur [12]) horribile anathema, et cum solemnitate debita cum accensis [13]) candelis tradetur satanae in interitum carnis, ut spiritus salvus sit in die domini. [14]) Debebit etiam judex bona sic damnati annotare, et conficere inventorium sive [15]) repertorium.

Hoc facto reus si infra annum venerit, et cautionem dederit judicio sisti, [16]) bonorum suorum restitutionem habebit. Sed si [17]) per annum siluerit, ad purgationem etiam perpetuo, sed ad bona non restituetur in poenam contumaciae.

Utrum autem in objecto crimine reus valeat damnari [18]) an non, quaestio est. Et videtur hic legum et canonum quaedam dissonantia personare. Dicit enim lex, quia nemo absens condemnatur. Et canon: si sententia in absentem etiam per contumaciam lata est, nullius est

---

[1]) prosequitur P.
[2]) si praemissis B und P.
[3]) septem diebus B und P.
[4]) post quos dies si non venerit iterum exspectandus erit aliis diebus septem sed non sine poena. debebit B und P.
[5]) est fehlt in P.
[6]) si ex his B.
[7]) auferatur ei fidelium communio B und P.
[8]) etiam per B und P.
[9]) Die Worte sententia et tunc fehlen in B und P.
[10]) sinistratis induciis B und P.
[11]) inemendicatum suffragium fehlt in P.
[12]) pronuntiatur P.
[13]) debita accensis P.
[14]) domini Jesu B.
[15]) conficere in interitum sive B; confiscare in inventarium sive P.
[16]) sisti fehlt in B und P.
[17]) si fehlt in N.
[18]) condemnari B und P.

momenti. Sed contra alius canon dicit: illius [1]) constat professio, cujus est totiens procurata absentia. Et Gregorius scribit ad Maximum salonitanum episcopum: fac ut ad veniendum amplius moras non ingeras, ne magis te ipsa absentia his quae dicuntur obnoxium reddat, et nos in te haberes non solum propter praedicta [2]) crimina quae purgare subterfugis, sed propter inobedientiae culpam durius ut in [3]) contumacem cogat ex consilio ferre judicium. Istam contrarietatem [4]) aliqui solvunt dicentes, an ante institutam [5]) accusationem aliquis contumax inventus est, an post institutam Nam si ante, de nullo crimine propter contumaciam damnandus est. Sed pro contumacia puniendus est ordine praedicto. Si vero post, etiam in crimine quantocunque poterit condemnari, si plene fuerit judici fides facta, ut in nullo dubitet vel [6]) circa factum vel circa jus. Verum ista distinctio nec ex canone habetur, nec ex lege. Possumus autem tam ex canone quam ex lege elicere distinctionem talem, [7]) ut dividamus inter crimen et crimen. Est enim crimen quod meretur decapitationem, id est [8]) degradationem, et [9]) ubi est tanta criminis immanitas, nullus absens est condemnandus. Ait enim decretum in hoc casu: satius [10]) est, crimen impunitum relinquere, quam innocentem condemnare. Sed sunt alia crimina non tantae poenae obnoxia. De illis potest in absentem per contumaciam judicium ferri, [11]) ut ita fiat heremodicium id est desertum judicium ex altera parte. Et circa hujusmodi crimina tenet illud: [12]) illius constat professio, cujus totiens est procurata absentia.

Hic notandum, quod si ante institutam accusationem fidejussoriam cautionem reus pro se defendendo praestiterit, et postea sicut dictum est in sua contumacia perduraverit, judex incumbere poterit fidejussoribus. Ubi respiciendum erit ad fidejussionis [13]) modum, scilicet [14]) quo tenore, qua conditione fuerit contracta. Nam si de reo exhibendo tantum, poena quae sequeretur convictum [15]) videtur debere in fidejussores redundare; unde dicit

---

1) sed quum alius canon illius B; sed quum alius P.
2) supradicta B.
3) ducimus non in B; culpam ut P.
4) istam quae videtur contrarietatem B und P.
5) et an institutam B.
6) vel fehlt in P.
7) nec ex lege elicere distinctionem talem B; nec ex lege elicies distinctionem talem P.
8) vel B und P.
9) ut B und P.
10) über satius ist in B id est melius, in P melius geschrieben.
11) inferri B und P.
12) illum B und P.
13) fidem jussionis B.
14) videlicet B und P.
15) sequere conjunctum B.

lex, quod nisi venerit [1]) accusatus, reus mortis est fidejussor. Sed si sub conditione solvendae pecuniae, si accusatus non exhiberet, non tenetur in alio. [2]) Si nihil diffinitum est tempore fidejussionis, extraordinarie id est pro arbitrio judicis punietur.

Quae hactenus dicta sunt, circa crimina non manifesta sed judiciario ordine convincenda [3]) exaudienda sunt.

In manifestis vero sic distingue: quaedam illorum dicuntur notoria, quaedam simpliciter manifesta. [4]) Notoria [5]) interpretamur, quae ita certa et publica sunt, ut si reus praesens fuerit non audeat diffiteri; manifesta vero non notoria, quae licet in multorum notitiam venerint [6]) tamen non sunt vulgata, et actor si conventus fuerit diffitetur. [7])

In manifestis simpliciter citandus est reus et ad purgationem compellendus, etiam deficiente accusatore. Modus autem purgationis pro quantitate infamiae dispensandus est in pluribus manibus vel paucioribus. [8])

Si contingat etiam ipsum accusatorem per contumaciam procurare absentiam, quid judici faciendum [9]) sit videamus. Citare eum debet inprimis trino edicto [10]) aut uno peremtorio, et eo in contumacia perdurante reus absolutus abibit, et accusator condemnabitur tanquam calumniator, non tamen in omni poena calumniatori debita: sed tantum excommunicationi subjacebit. Si autem infra annum venerit, et accusationem suam prosequi voluerit, data satisfactione et solutis expensis audietur.

Potest autem condemnari accusator ex tribus, vel quia calumniator, vel quia tergiversator, vel quia praevaricator. Calumniator est, qui scienter falsum crimen intendit. Tergiversator, qui sponte ab accusatione recedit, non impetrata abolitione a judice, quod factum, si dixerit judici, se ex conjecturis verisimilibus motum ad accusandum, et jam scire se falsum crimen ignoranter intendisse, [11]) et velle cum ejus consensu desistere. Praevaricator est, qui veras [12]) allegationes scienter reticet, [13]) et eas quae nullius momenti sunt proponit in medium, ut sic quod intenditur remaneat impunitum, hoc autem pro

---

1) veneris B.
2) si accusatum non exhiberent non tenentur in illo B und P.
3) committenda B und P.
4) Quorum alia dicuntur manifesta et notaria, alia dicuntur B; horum alia sunt manifesta et notoria, alia dicuntur manifesta P.
5) notaria B.
6) deveniunt B und P.
7) non diffitetur P.
8) in paucioribus B.
9) agendum B.
10) trinis edictis P.
11) ignoranter fehlt in P; intendere B und P.
12) veras fehlt in B und P.
13) retinet B und P.

metu calumniae. Non [1]) saepe contingit in ipso accusatore, sed in advocatis, qui non timentes talionis poenam pro praetio multa facere dinoscuntur.

Poena calumniatoris ordinaria est. quia calumniantes ad poenam poscit similitudo [2]) supplicii. Tergiversatoris et praevaricatoris poenae extraordinariae sunt, id est judicis arbitrio reservatae.

Explicit. [3])

---

[1]) ut B; ubi P.
[2]) similitudinem B.
[3]) explicit fehlt in B und P.

Friedrich Kunstmann.

III.

Ueber angelsächsische Rechtsverhältnisse.

(Fortsetzung von Bd. I. Nro. XVII. 3.)

Neben seiner inneren Seite, welche wir bisher vorwiegend im Auge gehabt haben, gewinnt nun aber das Verhältniß zwischen Herrn und Mann auch dritten Personen und dem Staate gegenüber eine eigenthümliche Bedeutung, und diese ist es, welche vorzugsweise auf die Gestaltung der Standesverhältnisse einen Einfluß übt. Die Erweiterung der Familie, welche durch die Aufnahme freier Hausdiener erfolgt, wird vom Staate anerkannt; die gegenseitige Unterstützungspflicht zwischen Herrn und Mann, die Herrschaft des ersteren über den letzteren, läßt sich der Staat gefallen, und achtet insbesondere auch die Autonomie der Verbindung in vollstem Maße: er fordert aber auch andererseits, daß der Herr mittelst der ihm zustehenden Gewalt seinen Mann zur Erfüllung aller und jeder Rechtspflichten gegen Dritte wie gegen den Staat selbst anhalte. Wir haben gesehen, wie das Landrecht Herrn und Mann gestattet, je in Vertheidigung des andern zu fechten, wie es den am Herrn begangenen Verrath blutig straft, und wir dürfen dem beifügen, daß auch nach angelsächsischem Recht Herrendienst als ehehafte Noth begründend anerkannt ist; [1]) in gleicher Weise gewährt das Recht dem Herrn im Falle der Tödtung seines Mannes eine eigene Buße (manbot), welche dem an die Verwandtschaft zu entrichtenden wer völlig parallel steht, [2]) und wenn Verwandte fehlen, sogar den Anspruch auf das ganze

---

[1]) Eadg. Hundr. §. 7.

[2]) Aedhelb. §. 25; In. §. 76. Es ist dieß dieselbe Zahlung, wie die, welche das norwegische Recht als huskarlsgjöld bezeichnet.

Wergeld,[1] — bei geringeren Verletzungen desselben muß gleichfalls, wenigstens unter Umständen, dem Herrn gebüßt werden.[2] Es steht eben der Dienstmann im persönlichen Frieden seines Herrn; durch seine Verletzung wird dieser gebrochen, und muß darum gebüßt werden: sehr bezeichnend heißt in der isländischen Rechtssprache das dem Manne gewährte Domicil gridh, d. h. Frieden, er selbst seines Herrn gridhmadhr, d. h. Friedensmann! Andererseits fordert der Staat aber auch, daß jeder, der familiam hat, bei eigener Haftung dafür sorge, daß omnis hiremannus suus den der Kirche gebührenden Denar entrichte,[3] und wenn König Aedelstan von seinen Unterthanen eine Sicherheit fordert für die gehörige Beobachtung des Landfriedens, so sind es wiederum die Herren, an die er sich hält, und denen er aufträgt, sich ihrerseits wider von ihren hiremenn Sicherheit bestellen zu lassen.[4] Bei weitem am wichtigsten sind aber diejenigen Bestimmungen, welche sich auf die Vertretung des Mannes in Rechtssachen beziehen; nicht nur sehen wir in solchen sehr häufig den Herrn sich des Mannes annehmen und namentlich Vergleiche für denselben vermitteln,[5] sondern es wird geradezu die Vertretung des Mannes in gewissem Umfange dem Herrn zur Pflicht gemacht, und umgekehrt der etwaige Kläger angewiesen, die königlichen Gerichte erst dann anzugehen, wenn er vom Herrn selbst auf gehörig ergangene Aufforderung hin nicht befriedigt worden war. Ehe der klagende Theil sich an den König wendet, soll er wiederholt den Herrn selbst angehen, und von ihm Gerechtigkeit gegen den übelthuenden Mann fordern; strenge Strafe trifft den Herrn, wenn er solcher Anforderung nicht entspricht; der gleichen Strafe setzt sich aber auch der Kläger aus, wenn er mit Umgehung des Herrn sich gleich an den König

---

[1]) Vgl. In. §. 21, 27, 74, und Edw. Conf. c. 15.

[2]) Aelfr. §. 8; Cnut. S. §. 42.

[3]) Aedhelr. VIII. §. 1.

[4]) Jud. civ. Lund. c. 11, vgl. c. 10. Nicht hieher scheint die ebenda c. 5 gegebene Bestimmung zu gehören, wonach derjenige, der wegen Mangels eines Pferdes bei der vorgeschriebenen Nacheile hinter einem Diebe sich nicht betheiligen kann, einen Herrn suchen soll, der für ihn reite, während er inzwischen für ihn arbeitet.

[5]) Z. B. Aelfr. §. 21; In. §. 50.

wendet.[1]) Eine andere Bestimmung besagt, daß der ge h. der die Sache seiner Leute an den König, dessen Beamten oder seinen eigenen Herrn kommen läßt, hiedurch allen Anspruch auf die witeräden, d. h. das Friedensgeld, verlieren solle, weil er seinen Mann nicht vorher schon zum Rechte anhielt.[2]) Weiter heißt es, daß der Herr, dessen geneat stiehlt und flüchtig geht, wenn er nicht seinerseits wieder einen Bürgen für denselben hat, das angyld zu zahlen hat, ohne daß darum dem Flüchtigen selbst irgend etwas erlassen wäre; [3]) unter dem angyld versteht man aber eine Zahlung, welche neben dem wite steht, [4]) die aber zugleich höher zu seyn pflegt als das ceapgyld, d. h. der Schadensersatz, [5]) und der Ausdruck bezeichnet hiernach offenbar den vollen Betrag, der an den Beschädigten selbst zu entrichten war, d. h. das ceapgyld und die bot zusammen, [6]) neben welchem in der Regel noch das wite, als ein an den Staat zu erlegendes Straf- oder Friedensgeld zu stehen pflegt. Aus der Vergleichung dieser drei Stellen glauben wir aber den Schluß ziehen zu dürfen, daß es dem Herrn oblag, falls er mit einer Klage gegen seinen Mann angegangen wurde, dem Kläger sofort sein angyld, d. h. einfachen Schadensersatz sammt der gesetzlich treffenden Buße, zu verschaffen, und zwar, wenn etwa der Mann entlief, nöthigenfalls aus eigenem Beutel; [7]) das wite dagegen, d. h. das dem Staat sonst zufallende

---

[1]) Aedhelst. I. §. 3. Der weitere Verlauf der Stelle zeigt, daß es sich dabei, wenigstens zunächst, um Diebstahl handelt.

[2]) In. §.50. Der Ausdruck witeräden, der sich auch In. §. 71 und in den Urkunden öfter findet, wird in der alten Uebersetzung durch wite redditio gegeben; so bezeichnet wuduräden eine Leistung an Holz, weorcräden eine solche an Diensten, gebedräden eine Leistung an Gebeten; Cod. dipl. num. 305, 461, 401, (letztere Bd. III. S. 450 und 421) u. s.w.

[3]) In. §. 22; vgl. Eadg. Hundr. §. 6.

[4]) Aelfr. §. 6, 9 und 22; vgl. Aedhelr. III. §. 4; Duns. §. 4; das „andere Geld" ist an letzterer Stelle, wie sich aus §. 6 ergibt, durch das twygyld bedingt.

[5]) Jud. civ. Lund. c. 6, §. 4; vgl. auch Eadg. II. §. 7.

[6]) Die In. §. 55—6 und 58—9; Eadg. Hundr. §. 8 erwähnten Zahlungen umfassen wohl ebenfalls bereits bot und ceapgyld, und mögen darum angyld heißen.

[7]) Eine ausnahmsweise Befreiung von dieser Verpflichtung gewährt für einen einzelnen Fall Aelfr. §. 20; die Regel wird dadurch nur bestärkt.

Friedensgeld, wurde in solchem Fall nicht bezahlt, oder vielmehr der Herr mochte dasselbe zu eigenem Vortheile einheben. [1] Weigerte sich dagegen der Herr, den Mann außergerichtlich zum Recht anzuhalten, so mochte der Kläger sich sofort an das Gericht des Königs wenden, oder auch an den höheren Herrn, der etwa wieder über jenem stand; wurde der Mann hier schuldig erkannt, so verlor der Herr, weil er die Sache so weit hatte kommen lassen, seinen Anspruch auf das wite: bei noch weiter fortgesetzter Renitenz wurde er überdieß noch in eine beträchtliche Strafe genommen. Die erstere Art, die Sache abzumachen, galt dabei als Regel, und dem Herrn wurde verübelt, wenn er die Sache seines Mannes ans Gericht kommen ließ; umgekehrt zeigt die Vorschrift, daß der Kläger ihn nicht umgehen dürfe, wie viel Gewicht der Herr darauf zu legen pflegte, daß sein Mann nicht vor des Königs Gericht gezogen, mit andern Worten, daß die Autonomie seiner Hausherrschaft gewahrt werde. [2] Wollte indessen im einzelnen Falle der Herr die Sache seines Mannes auf den Spruch der Gerichte ankommen lassen, so verpflichtete ihn, wie wir aus anderen Stellen ersehen, auch in solchem Falle noch die dem Manne einmal gewährte Aufnahme in sein Haus zu einer gewissen Haftung für denselben; der Herr haftet für die Stellung des Mannes vor Gericht, und muß für ihn zahlen, wenn diese nicht verwirklicht wird, [3] ganz wie die Verwandtschaft, welche einen der

---

[1] Ueber den Bezug des wite durch den Herrn vgl. bereits Wihtr. §. 5.

[2] Wir glauben hier darauf hinweisen zu sollen, daß nach altnorwegischem Recht in den meisten Klagsachen der förmlichen Klagstellung eine feierliche Aufforderung an den Gegner, den Kläger klagfrei zu stellen, vorangehen mußte (die krafa). Daß eine ähnliche Anforderung an den Herrn wegen Ansprüchen an dessen freien Dienstmann wenigstens üblich war, ist z. B. aus den ersten Seiten des Gunnars thattr Thidhrandabana zu ersehen, woselbst der Herr auf eine solche Anforderung einmal erklärt: „ich will nicht Geld für ihn zahlen, aber erlauben werde ich, daß ihr in Begleitung weniger Leute ihn vor Gericht ladet."

[3] Eadm. Cul. §. 3, und eine Reihe später noch anzuführender Stellen. Bemerkt muß aber werden, daß es auch hier wieder bereits als ein manutenere et firmare ad damnum faciendum aufgefaßt wird, wenn der Herr überhaupt die Sache ans Gericht kommen läßt.

Ihrigen bei sich aufnimmt, in so weit für den Aufgenommenen zu haften hat. Nur in diesem Sinne ist es demnach zu verstehen, wenn gesagt wird, jeder Herr habe seine Leute gegen allen Diebstahl in fidejussione sua zu halten, und wenn er zu viele Leute habe, um sie selbst alle übersehen zu können, auf eigene Wag und Gefahr eigene Aufsichtsbeamte über sie zu setzen und allenfalls sogar sich selbst wieder Bürgschaft für dieselben bestellen zu lassen.[1] Seitdem König Eadgar verfügt hatte, daß jedermann ein für allemal einen Bürgen für seine Stellung vor Gericht haben müsse, war freilich jene Verbürgung der abhängigen Leute durch ihren Herrn nichts besonderes mehr; auch jetzt noch wird aber mehrmals wiederholt, daß jeder Herr seine hiredmenn on his agenon borge, in seiner eigenen Bürgschaft, haben müsse;[2] und es blieb somit, während im Uebrigen jedermann seinen Bürgen beliebig wählen, andererseits aber auch der Gewählte die Uebernahme der ihm angesonnenen Bürgschaft beliebig ausschlagen konnte, für die Hausdienerschaft die Person des Bürgen ein für allemal gesetzlich bestimmt; höchstens mochte der Herr, was auch früher schon vorgekommen war,[3] zu seiner eigenen Sicherung sich wiederum von den Verwandten seines Mannes oder sonst wem für dessen Wohlverhalten weitere Bürgschaft geben lassen. Uebrigens dürfen wir diese Haftung des Herrn für seinen freien Mann nicht mit dessen Haftung für den Unfreien zusammenwerfen; es wird geradezu darüber geklagt, daß mächtige Herren ihre Leute, je nachdem es ihnen vortheilhafter scheine, bald als Freie, bald als Unfreie zu vertreten suchen,[4] was denn doch eine wesentliche Verschiedenheit beider Arten der Vertretung voraussetzt: beim freien Mann haftete

---

[1]) Aedhelst. II. §. 7. Man bemerke, daß auch der Familienvormund zuweilen als byrgea bezeichnet wird, z. B. Aelfr. §. 18; In. §. 31, weil auch er unter Umständen für seinen Mündel haftete; z. B. Aelfr. §. 14.

[2]) Aedhelr. I. §. 1; Cnut. S. §. 31. Für den Fall der Nichtsistirung des Mannes soll der Herr nunmehr dessen Wergeld erlegen, und allenfalls von dem Verdachte der Begünstigung seiner Flucht sich reinigen, während früher dem Herrn die Zahlung des Werthes obgelegen zu haben scheint, auf den die Klage gieng.

[3]) Vgl. In. §. 22; Eadw. §. 6; Aedhelst. II. §. 7.

[4]) Cnut. S. §. 20.

der Herr eben nur für die Stellung vor Gericht, beim Unfreien dagegen ist der Herr formell wie materiell unmittelbar selbst Beklagter. Ebenso wird anderwärts zwischen der Vertretung der eigenen Leute und der viel weiter reichenden Verbürgung übel beleumundeter Leute ganz deutlich unterschieden;[1]) nur mittelbar hängt ferner mit jener Haftung des Herrn für seine hiredmenn die weitere Bestimmung zusammen, daß es dem Herrn eines bereits überführten Diebes ebenso wie dessen Verwandten freistehen solle, durch Entrichtung des gestohlenen Werthes und des Wergeldes des Schuldigen diesen auszulösen, welchenfalls aber die Bürgschaft für das künftige Wohlverhalten des Ausgelösten in der Art übernommen werden muß, daß der Herr ihn beim nächsten Rückfall zur sofortigen Vollstreckung der Todesstrafe in das Gefängniß wieder einzuliefern hat.[2])

Das Bisherige hat bereits gezeigt, welches der Werth der Schutzpflicht des Herrn für den Staat sey; er liegt darin, daß der heimathlose Mann im Hause des Herrn ein rechtliches Domicil erlangt, und daß überdieß der Letztere für ihn, den der Staat wegen seiner Unstätigkeit an sich nicht greifen kann, eine Bürgschaft leistet, die Dritten wie dem Staat gegenüber die Möglichkeit der Rechtsverfolgung gewährt. An sich freilich beruht jene Schutzpflicht nicht auf staatlicher Anordnung, sie ist vielmehr lediglich eine Folge des Familienbandes, in welchem der folgere ebensogut steht wie Weib und Kind seines Herrn; der Staat aber erachtet die aus jener Verbindung sich ergebenden Wirkungen für so vortheilhaft für sich, daß er nicht nur die einschlägigen Beziehungen genauer zu regeln, sondern auch den Eintritt in dieselbe für alle heimathlosen Leute ohne weiters zu erzwingen sich veranlaßt sieht. Aus demselben Interesse erklärt sich aber auch die Fürsorge des Staats für die fortwährende Evidenthaltung der herrschaftlichen Verbände, und damit für die Ordnung beim Aus- und Eintritt in und aus dem Dienste des einzelnen Herrn. Nur mit Erlaubniß seines bisherigen Herrn darf der Mann diesen verlassen, oder in eine andere scir übergehen; entfernt er sich ohne solche Erlaubniß, so muß er zu seinem früheren Herrn zurückkehren, und diese

[1]) Eadm. Cul. §. 7.

[2]) Jud. civ. Lund. c. 1 §. 4 und c. 9.

überdieß Buße zahlen.[1] Der Herr darf seinen Mann nicht früher entlassen, als bis dieser alle wider ihn erhobenen Ansprüche befriedigt, oder sich von denselben sonst frei gemacht hat;[2] ein neuer Herr darf den Mann bei strenger Strafe nur unter der Voraussetzung aufnehmen, daß derselbe niemanden gegenüber noch einem rechtlichen Anspruch unterliegt, und überdieß von seinem bisherigen Herrn förmlich entlassen worden ist;[3] daß ferner die Entlassung nicht etwa wegen unverbesserlicher Aufführung des Mannes erfolgt war.[4] Will der Herr seinen Mann unschuldiger Weise infam aus dem Dienste weisen, so mag dieser darüber mit ihm am folcgemot processiren, und auf das hier erlangte Unschuldszeugniß hin sich beliebig einen neuen Herrn suchen.[5] Eine andere, und zwar ältere Bestimmung schreibt sogar vor, daß derjenige, der aus einem boldgetäl in ein anderes übergeht, um einen Herrn zu gewinnen, hiezu eines Zeugnisses des Ealdormannes bedürfe, in dessen scir er bisher gedient habe; den Herrn, der ihn ohne ein solches Zeugniß aufnimmt, trifft die Haftung für alle von dem Mann etwa bereits früher begangenen Verbrechen, und überdieß eine Buße, welche halb an die scir, die er verlassen, halb an die, in die er übergegangen ist, entrichtet werden muß.[6] Hiezu stimmt vollkommen, daß, wie bereits anderwärts bemerkt wurde, die Wahl des Herrn am folcgemot bekannt gegeben werden mußte;

---

1) In. §. 39.

2) Aedhelst. I. §. 22; Cnut. S. §. 28.

3) Eadw. §. 10; Aedhelst. II. §. 4; Eadm. Cul. §. 3; Cnut. S. §. 28.

4) Aedhelst. III. §. 4; IV. §. 1.

5) Aedhelst. IV. §. 1.

6) Aelfr. §. 37. Nicht genug erklärt ist dabei der Ausdruck boldgetäl. Die alte Uebersetzung gibt dafür mansio, und Reinh. Schmid übersetzt demnach Wohnort; Price in seiner Anmerkung zu dieser Stelle deutet ihn als manorroll, und Bosworth schließt sich ihm, wenn auch zweifelnd, an; Lye gibt die Bedeutungen domicilium, vicus, mansio, Ettmüller vicus, Thorpe endlich verzichtet auf jede Erklärung. Da gesagt wird, der neue Herr werde im neuen boldgetäl gesucht, kann das Wort wohl nicht ein Verzeichniß von Dienstleuten, sondern nur einen Bezirk bedeuten; da offenbar der Uebergang aus einer scir in die andere vorausgesetzt wird, läge es nahe, das Wort mit der scir in Zusammenhang zu bringen, wenn sich nur eine entsprechende sprachliche Deutung geben ließe.

daß ferner den Kaufleuten nicht nur zur Pflicht gemacht wurde, ihre Leute mit Rücksicht auf die eigene Haftung für deren Stellung vor Gericht vorsichtig zu wählen, sondern auch die gewählten dem gerefa des Königs am folcgemot anzuzeigen, und daß diese Anzeige sogar dann erfolgen mußte, wenn etwa unterwegs neue Leute aufgenommen werden wollten. [1]) Der Zusammenhang aber aller dieser Bestimmungen mit dem im angelsächsischen Recht überhaupt so augenfällig hervortretenden Bestreben, die Rechtssicherheit gegen heimathlose Landstreicher zu wahren, tritt erst recht klar zu Tag, wenn wir mit denselben die Vorschriften über die Behandlung der Gäste vergleichen. Wer einen fremden Mann drei Nächte lang im eigenen Hause speist und beherbergt, soll diesen, wenn er belangt wird, vor Gericht stellen, oder für ihn zahlen; [2]) eine spätere Quelle führt diese Nachricht weiter aus, und gedenkt dabei des Rechtssprüchwortes: twa nicte geste, the thirdde nicte agen hine, d. h. zwei Nächte mag man jemanden als Gast behalten, von der dritten Nacht an gilt derselbe aber als zur Familie gehörig, als hine oder hiredman. [3])

Der technische Ausdruck, welcher das Schutzrecht des Herrn über den Mann bezeichnete, scheint übrigens *socn* gewesen zu seyn. Sprachlich zusammenhängend mit secan, secean, suchen, bedeutet das Wort ursprünglich das Suchen, [4]) dann auch den Besuch [5]) und die zu solchem Ende unternommene Fahrt; [6]) hieran

---

[1]) Aelfr. §. 34.

[2]) Hlodhh. und Eadr. §. 15.

[3]) Eadw. Conf. §. 23; vgl. auch Cnut. S. §. 28; Guil. conqu. I. §. 48; L. Henr. c. 8 §. 5. Wenn in höherer Instanz der König, eorl und Bischof angewiesen werden, dem Fremden for mäg and for mundboran zu seyn, — Eadw. und Gudhr. §. 12; Aedhelr. IX. §. 33; Cnut. S. §. 40; vgl. auch Ranks §. 8; — so ist dabei freilich nur an den Schutz des Fremden, nicht an eine Haftung für denselben zu denken; zu bemerken ist aber auch hier die Hinweisung auf die Verwandtschaft, zumal da jener Schutz nur eintreten soll, wenn der Fremde keinen hlaford hat.

[4]) So landsocn, das Suchen von Land; Bouterwek, h. v.

[5]) Kemble, Gloss. Beow. h. v.; Vers 3551 steht das Wort für die feindliche Heimsuchung durch den dämonischen Grendel, wie sonst hamsocn.

[6]) So fyrdhsocn, die Heerfahrt.

scheint sich dann weiter die Bedeutung eines Ortes, den man aufsucht, geknüpft zu haben, also eines gefreiten, schützenden Ortes, eines Asyles, [1]) von wo aus dann wieder die weitere Bedeutung des Schutzrechtes selbst oder des vom Berechtigten ertheilten Schutzes sich ergibt. [2]) In diesem letzteren Sinn scheint das Wort zu stehen, wenn der König verspricht, niemanden in seinem hired socn zu ertheilen, der einen Todtschlag begehen würde, ehe er geistliche und weltliche Buße übernommen hätte; [3]) eben dahin scheinen aber auch diejenigen Stellen zu gehören, welche dem Herrn gebieten, daß er seinem Manne, wenn sich dieser nur richtig hält, die hlafordsocna nicht verweigere: [4]) man könnte zwar allenfalls versucht seyn, das Wort hier in seiner ursprünglichen Bedeutung zu nehmen, und demnach die Vorschrift dahin zu deuten, daß der Herr seinen Mann nicht hindern dürfe, seinen Dienst aufzugeben und sich einen anderen Herrn zu suchen; die obige Auslegung dürfte indeß die richtigere seyn. Uebrigens scheint der Ausdruck socn anderwärts auch die Gewalt des Grundherrn über seine Hintersaßen, und sogar die des Landherrn über seine Eingesessenen zu bezeichnen; in der letzteren Bedeutung steht derselbe, wenn es heißt, über einen Königsthegen dürfe niemand eine socn haben als der König selbst, [5]) oder wenn von einem Königsthegen die Rede ist, der seine socn hat: [6]) auch hier handelt es sich eben um eine schützende Gewalt, nur freilich anderer Art als die des Hausherrn.

Wenden wir uns nunmehr zu der zweiten Classe abhängiger Leute, zu den freien Hintersaßen, den landsetar oder leiglendingar der nordischen Rechte. Wir verstehen aber unter denselben freie Leute, welche leihweise erhaltenes Land gegen Entrichtung mannichfacher Dienste und Abgaben auf eigene Rechnung selber

---

[1]) Z. B. Aedhelst. III. §. 6; IV. §. 4; ebenso fridhsocn, Aedhelr. IX. §. 1.

[2]) Lye, Bosworth, Ettmüller, Thorpe, h. v.

[3]) Eadm. S. §. 4.

[4]) Aedhelst. II. §. 4: III. §. 5; vgl. Thorpe, Bosworth, Ettmüller, h. v.

[5]) Aedhelr. III. §. 11.

[6]) Cnut. S. §. 72.

bauen, und auf diesem einen eigenen Haushalt sich begründen. Auch die vornehmsten Leute nehmen sehr häufig fremdes Land zur Leihe, und auch ihre Lehngüter sind nicht selten mit bedeutenden Lasten, ja sogar mit niedrigen bäuerlichen Diensten beschwert;[1]) allein solche Männer haben nicht nur neben ihrem Lehnlande auch noch freies Grundeigenthum, sondern sie bauen auch weder dieses noch jenes in eigener Person, und lassen demnach auch die auf dem ersteren ruhenden Lasten von ihren Bauleuten oder von Hintersaßen tragen, die sie nicht selten schon mit dem Gute übernommen haben. Auch die Hausdienerschaft erhält zuweilen von ihrem Herrn einzelne Stücke Landes, um solche auf eigene Rechnung zu bauen, und umgekehrt leisten auch wohl die Hintersaßen auf ihres Herrn Inland Frohndienste:[2]) allein jene wohnen auf dem Hofe ihres Herrn, und nur die letzteren haben ihre eigene Wohnstätte, sind husfäst. Berücksichtigt man noch, daß in bei weitem den meisten Fällen solche Leute außer dem geliehenen Lande keinen weiteren eigenen Besitz haben, und daß dem Besitzlosen der Erwerb von Grundeigenthum überdieß nur sehr ausnahmsweise gelingen konnte, so ist klar, daß, wenn auch nicht rechtlich, so doch thatsächlich und in seiner ganzen socialen Stellung der freie Hintersaße dem unfreien Colonen sehr nahe gerückt war, selbst wenn er nicht als lät oder Freigelassener durch weitere persönliche oder gar erbliche Bande an seinen Herrn geknüpft war; die Ausdrücke, welche die verschiedenen Arten der Hintersaßen bezeichnen, — cotsetla, d. h. Kothsaße; gebur, d. h. Bauer; gafolgylda, d. h. Zinszahler u. dgl. — bezeichnen demgemäß nur die Verschiedenheiten der Besitzrechte und der Belastung, ohne auf den Geburtsstand irgendwelche Rücksicht zu nehmen. So ist demnach einmal von witetheowe menn burbärde im Gegensatz zu theowbärde die Rede, und bezeichnet demnach bur oder gebur nur eine höhere Classe von Unfreien;[3]) ein förmlicher Beweis muß darüber geführt

---

[1]) So empfängt ein dux Hunbertus Land gegen einen in Blei zu entrichtenden Zins; ein dux Cudhred nimmt länland vom Bischof zu Winchester, Beornulf von dem ihm verwandten Bischof derselben Stadt, u. dgl. m. Cod. dipl. num. 1043, 1062, 1079.

[2]) Für beides bieten die Rectitudines Belege.

[3]) Cod. dipl. num. 1079. Bärde ist dabei wohl von beard, Bart, abzuleiten; im Altnordischen gilt das gleichbedeutende skegg öfter für

werden, daß die Voreltern eines Mannes nicht coloni, d. h. geburas gewesen seyen, [1]) oder es werden umgekehrt zur Erleichterung des Beweises, daß jemand eines andern gebur sey, förmliche Geschlechtsregister seitens der Herrschaft geführt, [2]) was denn doch eine erbliche Abhängigkeit des Bauern, sey es nun als theow, lät, oder Freigelassener der geringeren Gattung voraussetzt; geburas, the on gafolland sittadh, werden ohne weiters neben theowas letztwillig vermacht [3]) u. dgl. Anderwärts dagegen wird von einem gafolgelda oder gebur gesprochen, der auf der untersten Stufe des Freienstandes steht, [4]) oder von einem ceorl, der auf Zinsland sitzt, und dem Freigelassenen gleichgestellt wird, [5]) und beidemale ist somit ein entschieden freier Hintersaße gemeint. Es tritt uns eben hier genau dieselbe Erscheinung wie bei der Hausdienerschaft entgegen, für welche ja auch ohne Rücksicht auf den Geburtsstand des Einzelnen die gemeinsamen Ausdrücke hired, hiwan u. dgl. gelten. — Uebrigens ist aus dem Bisherigen bereits klar, daß auch das Verhältniß der freien Hintersaßen zu ihrem Herrn zunächst ein vermögensrechtliches war; das Leihen von Land einerseits, das hiefür in Diensten oder Abgaben zu entrichtende Gegengeld andererseits ist es, was nach dieser Seite hin in Betracht kommt. Daneben aber läßt sich nicht bezweifeln, daß auch hier wieder das Verhältniß zugleich seine öffentliche Seite hatte, die eine Verpflichtung des Herrn seinen Grundholden zu schützen, eine Verpflichtung des Grundholden seinem Herrn zu Dienst und Gehorsam bereit zu stehen, mit sich brachte, [6]) und es mögen sogar manche der oben benützten Quellenaussprüche sich geradezu ebensowohl auf die freien

---

Mann, z. B. Thorolfr Mostrarskegg, Thorolf der Mann von Mostr, Eyjarskeggiar, die Leute von den Inseln, u. dgl.

[1]) Cod. dipl. num. 981.

[2]) Ebenda num. 1354.

[3]) Z. B. Cod. dipl. num. 1290. Doch könnte hier auch nur der Ausdruck ungenau, und unter der Veräußerung von Bauern die bloße Veräußerung des Rechts auf deren Dienste und Abgaben zu verstehen seyn.

[4]) Z. B. In. §. 6.

[5]) Aelfr. und Gudhr. §. 2.

[6]) Vgl. unsere Beiträge zur Rechtsgeschichte des germanischen Nordens, I. S. 68—70.

Hintersaßen als auf die freie Hausdienerschaft beziehen. [1]) Der Grund, weßhalb wir über diese Seite des Verhältnisses so wenig erfahren, ist wohl lediglich darin zu suchen, daß dieselbe von früh an durch die ähnliche, aber dennoch verschiedene Geltung der Landherrschaft verdunkelt oder selbst verdrängt wurde. Mit dieser letzteren hat es aber folgende Bewandtniß.[2])

Wie bei anderen germanischen Stämmen, macht sich auch bei den Angelsachsen eine eigenthümliche Geschlossenheit des Grundeigenthums geltend. So wird die Uebersiedelung aus dem Lande eines Herrn in das Land eines andern als eine belangreiche Sache betrachtet, und den Verwandten der Braut, welche der Bräutigam „aus dem Lande in das Land eines andern Thegen" führen will, aufgetragen, für genügende Sicherstellung ihrer Interessen zu sorgen; [3]) verfolgt der Bestohlene die Spur eines Diebstahls in das Land eines Herrn, ohne daß dieser sie wieder hinaus zu verfolgen vermöchte, so mag er sofort gegen jeden Beliebigen von den innerhalb des Landes Gesessenen die Diebstahlsklage stellen, ohne daß er dabei den sonst üblichen Voreid zu schwören hätte, [4]) u. dgl. Dabei mag dem Grundeigenthum ein besonderer Frieden zugekommen seyn, dessen Verletzung als ein Bruch des Rechtes des Besitzers angesehen wurde, und demnach mit dessen Buße gesühnt werden mußte; zunächst freilich ist nur von dem Frieden die Rede, dessen eines Jeden Haus genießt; [5]) die wiederholte Erwähnung aber des Friedens, welcher selbst dem Verbrecher zu Theil wird, wenn

---

[1]) Namentlich könnte die wichtige Stelle, In. §. 22, eben so gut als auf den Hausdiener, auf den Hintersaßen sich beziehen, da später wenigstens der geneat als solcher erscheint.

[2]) Ich bemerke, daß gegenwärtiger Aufsatz bereits vor dem Erscheinen von meines Vaters, G. L. von Maurer, Einleitung zur Geschichte der Mark-, Hof-, Dorf- und Stadtverfassung und der öffentlichen Gewalt, geschrieben und der geehrten Redaction eingehändigt wurde. Derselbe soll auch jetzt unverändert mitgetheilt werden, weil es nicht ohne Interesse scheint, zu sehen, wie von ganz verschiedenen Gesichtspunkten aus zu im Wesentlichen gleichartigen Ergebnissen zu gelangen ist.

[3]) Eadm. Betroth, §. 7.

[4]) Aedhelst. IV. §. 2.

[5]) Z. B. Aedhelb. §. 27 und 29; Aelfr. §. 39 und 40; In. §. 6.

er zu einem mächtigen Herrn flieht,[1]) läßt uns, zumal im Zusammenhalt mit den Aussprüchen einzelner Urkunden, eine weitere Ausdehnung der Befriedung auf das gesammte Grundeigenthum vermuthen. Wie nun der persönliche Frieden der Hausgenossenschaft einerseits das unmittelbare Eingreifen des Staates gegenüber dem hiredman ausschloß, andererseits aber nothwendigerweise dem Herrn die Pflicht auferlegte, diesen zur Erfüllung seiner Rechtspflichten anzuhalten, so macht sich eine ähnliche Wirkung auch bei dem dinglichen Frieden des Grundeigenthums geltend; der Staat vermeidet das Betreten des freien Grundbesitzes durch seine Organe, fordert aber andererseits vom Grundeigenthümer, daß er innerhalb seiner Gränzen selbst die Rechtsordnung zu handhaben wisse. Allerdings bezieht sich nun jener Frieden, und beziehen sich somit auch dessen Wirkungen zunächst nur auf das Grundeigenthum; mittelbar ergreifen aber die letzteren auch die Personen aller auf demselben Eingesessenen, indem jedes unmittelbare Vorfahren des Staates ihnen gegenüber nothwendig eine Verletzung der dem Grundeigenthume und seinem Besitzer zustehenden Freiheit in sich begreifen müßte. Von dieser dinglichen Grundlage aus ergibt sich somit eine ganz eigenthümliche Stellung des Grundeigenthümers zu allen auf seinem Eigenthume Gesessenen, gleichviel übrigens, ob diese zugleich seine Hausdiener oder Hintersaßen sind, oder nicht; allen diesen Leuten gegenüber wird der Grundeigenthümer als landrica oder landhlaford bezeichnet, allen gegenüber stehen ihm bedeutsame Rechte und Pflichten zu.[2])

---

[1]) Z. B. Aedhelst. III, §. 6; IV, §. 4; Aedhelr. VII, u. s. w. Sicher kam dieser Frieden, wenn auch natürlich durch geringere Bußen geschützt, auch dem zu, der sich zu einem nur gemeinfreien Manne flüchtete, ganz wie auch ein solcher seines besondern Hausfriedens genoß. Die Bestimmungen des Edict. Rothar. c. 269 waren gewiß nicht bloß langobardischen Rechtens.

[2]) Mit der Grundherrschaft im engeren Sinne fällt die Gewalt des Grundeigenthümers nicht nothwendig zusammen; Land verleihen konnte mancher, der doch nicht Eigenthümer desselben war, und umgekehrt sind der Gewalt des Grundeigenthümers Personen unterworfen, die doch weder in seinem Hause dienen, noch unmittelbar von ihm Land geliehen erhielten. Wir werden auf diesen Punkt zurückkommen, übrigens aber um jede Verwechslung mit der Grundherrschaft als Verhältniß des Landleihers zum Landempfänger zu vermeiden, für die

Es wird aber dem Herrn ganz allgemein zur Pflicht gemacht, dafür zu sorgen, daß omnes qui in pace et terra sua sunt, die Rechtsordnung gehörig respectiren;[1]) in einer Reihe einzelner Vorschriften wird dieser Grundsatz theils näher bestimmt, theils auch wohl weiter entwickelt, und zwar wird auch hierbei wieder sehr vorzugsweise der Diebstahl ins Auge gefaßt. Schon in früher Zeit hatte man eine Garantie gegen Diebereien in der möglichsten Beaufsichtigung aller über fahrende Habe und zumal Vieh abgeschlossenen Veräußerungsgeschäfte zu finden geglaubt; eine Reihe von Vorschriften fordert, bei manchen Abweichungen im Einzelnen, die größte Oeffentlichkeit für solche Geschäfte, damit der Zug von einem Gewweren auf den anderen gesichert und alle Diebshehlerei unmöglich werde. Nach einem Gesetze soll nun der Abschluß von Tauschgeschäften die Beiziehung obrigkeitlicher Personen, z. B. des Landherrn, königlichen Beamten, Pfarrers, voraussetzen; wer anders tauscht, büßt mit dem wite, und verliert den Tauschgegenstand, und zwar an den Landherrn.[2]) Wer auswärts Vieh kauft, muß entweder ehe er zu solchem Ende verreist, oder doch nach seiner Rückkunft der Nachbarschaft Anzeige machen; unterläßt er dieß, so verliert er das gekaufte Vieh, das halb an das hundred, halb an den Landherrn fällt, selbst wenn er sich über dessen rechtlichen Erwerb ausweisen kann: kann er auch dieß nicht, so wird er als Dieb behandelt, und der Landherr ist es, der das gestohlene Vieh und dessen ceapgyld aufzubewahren hat, bis der rechte Eigenthümer sich meldet und über seine Ansprüche ausweist.[3]) Ein späteres Gesetz spricht für den Fall, da das ohne Zeugen gekaufte Gut dem Erwerber abvindicirt wird, von einem seinerseits zu entrichtenden wite, das demjenigen zu gute kommt, „dem dasselbe gehört,“[4]) d. h., wie wir sehen werden, je nach Umständen

---

Stellung des Grundeigenthümers zu seinen Eingesessenen den Ausdruck Landherrschaft brauchen.

[1]) Eadm. Cul. §. 7.

[2]) Aedhelst. I. §. 10. Natürlich hat der Landherr, wenn der angeblich unbezeugte Tausch oder Kauf nur Vorwand ist, und sich herausstellt, daß das Gut gestohlen war, dieses nur für den rechten Eigenthümer aufzubewahren; vgl. Aedhelr. I. §. 3, und die folgende Stelle.

[3]) Eadg. Suppl. §. 8, 10 und 11.

[4]) Cnut. S. §. 24.

dem Könige oder dem Landherrn. Die Landherren sind es ferner, welche gegen den Besitz unverbürgten, d. h. ohne Beiziehung von Zeugen erworbenen Gutes einschreiten;[1]) bei der Verfolgung der Spur eines Diebstahls mag man sich an den Landherrn, in dessen Land dieselbe führt, halten: er mag dann selbst die Untersuchung weiter führen, muß aber seinerseits für den gestohlenen Werth haften.[2]) Ebenso erhält der Landherr die Buße, welche wegen verweigerter Theilnahme an der Verfolgung eines Diebs zu erlegen ist, zu gleichen Theilen mit dem hundred;[3]) an ihn fällt ein Theil des Vermögens, welches wegen erwiesenen Diebstahls eines Mannes eingezogen wird, während der König, das hundred, und allenfalls auch eine Friedensgilde das übrige erhält,[4]) und er erhält anderwärts das wite, das der Dieb oder Diebshelfer auf durchgeführte Klage hin zu entrichten hat.[5]) Will jemand einen als Dieb erschlagenen Verwandten von dem Vorwurfe des Diebstahls reinigen, so hat er vor der Zulassung zum Ordale ein Pfand zu bestellen, halb dem Grafen des Königs, halb dem Landherrn; mißlingt die Beweisführung, so verfällt das Pfand.[6]) Hieher gehören endlich einige Bestimmungen, welche das Verfahren gegen übelbeleumundete Leute, die um Diebstahl beklagt werden, regeln. Nach dem einen Gesetze[7]) muß solchenfalls der Angeklagte zum dreifachen Ordale gehen, wenn ihm nicht sein Herr eidlich den Leumund reinigt, unter der letzteren Voraussetzung aber zum einfachen Eid oder Ordal; mißlingt seine Beweisführung zum erstenmale, so ist neben einer Bürgschaftsbestellung für sein künftiges Wohlverhalten das twygyld an den Kläger und der wer an den Herrn zu zahlen, ein zweitmaliges Mißlingen ist dagegen mit der Todesstrafe bedroht. Entläuft der Angeklagte vor dem

---

[1]) Aedhelr. III, §. 5.

[2]) Duns. §. 1. Die Bestimmung erscheint freilich als eine nur ausnahmsweise Schärfung der dem Landherrn obliegenden Verbindlichkeiten, ist aber dennoch bezeichnend für deren Princip.

[3]) Eadg. Hundr. §. 3.

[4]) Jud. civ. Lund. c. 1, §. 1; Eadg. Hundr. §. 2; II, §. 7; Cnut. S. §. 25.

[5]) Duns. §. 6.

[6]) Aedhelr. III, §. 7.

[7]) Aedhelr. I, §. 1; Cnut. S. §. 30.

Ordale, so hat dessen Bürge sowohl das ceapgyld als den wer zu erlegen; ist der Herr, dem die letztere Zahlung an sich zufällt,[1] selbst bei der Flucht des Mannes betheiligt, so geht der ihm zustehende Anspruch auf den König über. Nach einer anderen Stelle, welche sich speciell auf einen Theil von Nordengland bezieht, soll der übelbeleumundete Angeklagte vor allem ein Pfand geben, halb dem hundred, halb dem Landherrn; mit einer weiteren, ebenso zu theilenden Zahlung hat er sich sodann „Recht zu kaufen"; jetzt mag er zum dreifachen Ordale gehen.[2] Auch nach diesem Gesetze kann aber der Herr durch seinen mit Eidhelfern verstärkten Eid den Leumund seines Mannes herstellen, und es braucht dieser solchenfalls nur zum einfachen Ordale zu gehen; mißlingt das Ordal, so trifft denselben der Tod, stellt er sich nicht zum Ordale, so ist an den Kläger das angyld und an den Landherrn eine Strafzahlung zu entrichten, das Ordal aber dennoch zu bestehen;[3] wenn es gleich darauf heißt, für den Fall des Entfliehens vor dem Ordale habe der Bürge den Wer des Angeklagten zu erlegen,[4] so ist damit wohl das nochmalige und schließliche Ausbleiben gemeint. Offenbar wird an beiden Stellen zwischen dem Bürgen des angeschuldigten Mannes und dem Landherrn unterschieden; der erstere hat für die Stellung des Mannes vor Gericht zu sorgen, und für dessen Ausbleiben mit dem eigenen Beutel zu haften, der letztere dagegen ist zum Empfange der zu erlegenden Strafgelder berechtigt. Unter Umständen ist freilich der Landherr zugleich auch der Bürge des Angeschuldigten, dann nämlich wenn dieser sein eigener hiredman ist; in solchem Falle ist dann aber auch die Zahlung wegen Nichtsistirung des Mannes zum Ordal vom Herrn an den König zu machen:[5] in den meisten Fällen aber scheint die Gewalt des Landherrn sich über Leute erstreckt zu haben, die unter fremder Bürgschaft standen,[6] und von ihrem

---

1) Bemerkenswerth sind dabei wieder die Worte: „den wer dem Herrn, der seines wite würdig ist," d. h. auf dieses Anspruch hat.

2) Aedhelr. III, §. 3.

3) eod. §. 4.

4) eod. §. 6. Zu beachten ist, daß hier team, d. h. der Zug an den Geweren und ordal ausdrücklich in des Königs Burg gewiesen wird.

5) Aedhelr. I, §. 1; Cnut. S. §. 31.

6) Vgl. bereits In. §. 50.

Bürgen genau ebenso dem Landherrn verbürgt wurde, wie dieser seine Hausdienerschaft dem Könige verbürgte. — Wenn übrigens die bisher besprochenen Bestimmungen sich sammt und sonders auf die Verhütung oder Verfolgung von Diebereien beziehen, so war doch die Aufgabe des Landherrn keineswegs hierauf beschränkt. Bei nicht rechtzeitiger Entrichtung des Zehnten hat der gerefa des Königs oder des Grundherrn sammt dem Ortspriester und dem gerefa des Bischofs zuzugreifen; der zehnfache Betrag der ausständigen Abgabe wird weggenommen, hievon ein Zehntel der betreffenden Kirche als der ihr gebührende Zehent gegeben, ein zweites Zehntel erhält der Säumige selbst zurück, die anderen acht Zehntel aber fallen als Strafgeld halb dem Bischofe, halb dem Landherrn zu. [1]) Aehnliches schreibt in Bezug auf die Erhebung kirchlicher Abgaben ein nordenglisches Gesetz vor; [2]) der cyninges thegn oder landrica, der die Zahlung nicht entrichtet, büßt mit 10 Halbmarken, halb der Kirche, halb dem Könige, zeigt sich dagegen ein Bauer (tunesman) säumig, so soll der Landherr für ihn zahlen, dafür aber an ihm sich schadlos halten, und nur wenn er dieß unterläßt, König und Kirche unmittelbar einen eignen Strafanspruch verfolgen. Nach demselben Gesetze ist ferner auch von demjenigen, der sich heidnische Gebräuche oder Zauberkünste zu Schulden kommen läßt, ein Strafgeld halb an die Kirche, halb an den Landherrn zu erlegen; nur der Königsthegn zahlt seine Strafe an König und Kirche, und Lässigkeit des Landherrn in deren Erhebung läßt dieselbe auch sonst eben dahin fallen. [3])

Die Stellung des Landherrn läßt sich hiernach kurz folgendermaßen bezeichnen. Vermöge der Freiheit seines Grundeigenthumes, [4]) welche jedes gewaltsame Eingreifen der Staatsgewalt in dessen Gränzen ausschließt, ist die Handhabung der Rechtsordnung innerhalb desselben nothwendig dem Grundeigenthümer

---

[1]) Eadg. I, §. 3; Aedhelr. IX, §. 8; Cnut. S. §. 8.

[2]) Northh. pr. L. §. 57—60. Einer ähnlichen Bestimmung bezüglich des Hausherrn und seiner Dienerschaft wurde bereits gedacht.

[3]) Ebenda §. 48—50 und 54.

[4]) Die Urkunden wenden die Ausdrücke gefreogan, freols u. dgl., Freiheit, frei machen, unbedenklich auf den Grundbesitz wie auf die Person an.

selbst anvertraut; er hat die Rechtspolizei innerhalb seines Besitzthumes zu üben, für die Entrichtung der Abgaben zu sorgen, und zumal auch die von den darin gesessenen Personen etwa verwirkten Strafgelder einzuheben; als Gegengeld für diese seine Mühwaltung ist ihm der Bezug eben dieser Strafgelder, sowie des Ertrages der sich etwa innerhalb seines Gebietes ergebenden Vermögensconfiscationen zugestanden, je nach Umständen dem vollen Betrage nach, oder doch in Concurrenz mit dem Könige, der Kirche, dem hundred, oder auch einer Friedensgilde. Von einer Verbürgung der Eingesessenen, wie solche beim Hausherrn seiner Hausdienerschaft gegenüber vorkam, ist dagegen beim Landherrn keine Rede, soweit nicht etwa die auf seinem Lande Gesessenen zugleich auch seine Hausdiener sind; nur einmal ist von einer Haftung desselben für gestohlnes Gut die Rede, das in sein Gebiet gebracht wird, aber auch hierin liegt nur eine Haftung für das Territorium, nicht für die darin wohnenden Personen. Ebensowenig scheint ein Recht desselben anerkannt worden zu seyn, zu verlangen daß alle Klagen gegen seine Eingesessenen zunächst ihm zur eigenen Cognition vorgelegt würden;[1]) unklar endlich bleibt uns, wie weit jene Competenz des Landherrn reicht, und welche Strafgelder demgemäß seinem Anspruche unterliegen. Vermuthen möchten wir in letzterer Beziehung, daß alle ursprünglichen Friedensbruchssachen der Zuständigkeit des Landherrn völlig entrückt waren, und daß im Zusammenhange damit die Exemption des Grundeigenthums sich anfänglich nur auf das hundred und die im hundredgemot zu verhandelnden Sachen, nicht aber auf den Staat im Ganzen oder die spätere scir, und die vor das folcgemot oder scirgemot gehörigen Sachen bezogen habe; die weitere Verfolgung dieser Vermuthung, die Darlegung der Gründe, welche für dieselbe sprechen, sowie die Beseitigung der Bedenken, welche aus dem über Frieden und Freiheit des Grundeigenthums Gesagten ihr entgegengestellt werden könnten, gehört nicht an diesen Ort, und es mag nur darauf hingewiesen werden, daß die Strafgelder, auf deren Bezug

[1]) Oder sollte der Aedhelst. I, §. 3 genannte hlaford, an welchen alle Sachen gegen seine Leute gebracht werden müssen, ehe man sich an den König wendet, neben dem Hausherrn zugleich auch den Landherrn bezeichnen?

der Landherr Anspruch hat, immer nur unter den Begriff des wite fallen, während höhere Zahlungen, welche mit der Friedlosigkeit zusammenhängen, ihm anfänglich nicht zukommen;[1]) — daß ferner gerade die Verfolgung des Diebstahls, auf welche sich die Thätigkeit des Landherrn so vorzugsweise bezieht, zugleich auch eine Hauptaufgabe des hundred war; — daß endlich auch anderwärts die Exemption von den Centen eine frühere zu seyn scheint als die vom Comitat.

Wir haben die Gewalt des Landherrn nicht auf dessen persönliche Beziehungen zu seinen eignen Hintersaßen gestützt, sondern lediglich auf die Freiheit des Grundeigenthums; demgemäß kann dieselbe einerseits nicht jedem Herrn zukommen, der Lehnland ausleiht und dadurch Hintersaßen erhält, andererseits reicht dieselbe aber auch über die Hintersaßen (Lehnsleute) des Herrn hinaus, und umfaßt doch wieder nicht alle seine Lehnsleute. Nach beiden Seiten hin wird eine genauere Begränzung nothwendig. In der ersteren Beziehung ist aber klar, daß nicht nur der Grundeigenthümer, sondern auch der bloße Besitzer von folcland oder länland dieses sein Land weiter verleihen und damit sich Hintersaßen schaffen kann; nur dem Grundeigenthume, sey es nun zu edhelriht oder bocriht besessen, kann aber die oben besprochene Freiheit innewohnen, und es ist somit, nachdem der edhel schon früh verschwand, der Besitz von bocland Vorbedingung für die Stellung des Landherrn, und nur über sein bocland reicht dessen Gewalt. Dem entspricht denn auch, daß der landhlaford an dem confiscirten Vermögen eines Diebes nur unter der Voraussetzung einen Antheil hat, „wenn es bocland ist,“ auf welchem der letztere sitzt;[2]) die Stelle zeigt aber zugleich, daß wenigstens in London in der

---

[1]) Nur eine scheinbare Ausnahme macht die unter Umständen in Diebstahlsfällen vorgeschriebene Zahlung des wer; die Gränzen des zur Acht, eventuell Wergeldszahlung führenden Diebstahls waren nämlich erweitert worden, und es behielt der Landherr eben nur seinen alten Anspruch auf das Strafgeld, auch seitdem dieses aus einem wite zum wer geworden war.

[2]) Jud. civ. Lund. c. 1, §. 1. Dem bocland wird hier das „Bischofsland“ gleichgestellt; dieses mochte theils selbst Buchland seyn, theils aber Lehnland oder Volkland, das, weil dem Bisthume dauernd geliehen, jenem sehr nahe kam.

ersten Hälfte des zehnten Jahrhunderts das Recht des Landherrn mit allem Besitze von Buchland verbunden war, und wir haben keinen Grund zu bezweifeln, daß nicht das Gleiche allenthalben gegolten habe. Auf der anderen Seite aber ergibt sich schon aus dem Bisherigen, daß die Gewalt des Landherrn im allgemeinen über alle sich erstreckte, welche auf seinem Buchlande wohnhaft waren, also nicht bloß über seine eigenen Hausdiener und Hintersaßen, sondern auch über deren freie Hausdienerschaft und über alle die, welche etwa wieder von jenen Land in Afterleihe nahmen; nur eine, aber für uns sehr wichtige Beschränkung erleidet unser Princip durch die Bestimmung, daß alles von Leuten, die eigenes Buchland haben, verwirkte wite nur dem König, nicht aber irgend einem Landherrn zufallen soll, [1]) oder vielmehr durch die dabei zu Grunde liegende Regel, daß alle freien Grundeigenthümer, auf wessen Grunde sie auch wohnen mochten, doch jederzeit unmittelbar unter dem Könige stehen sollten. Bei solchen Personen also, welche gewissermaßen zugleich eine unmittelbare und mittelbare Stellung zum Staate hatten, wurde die letztere durch die erstere absorbirt; [2]) da angesehenere Leute, mochten sie nun Lehen nehmen von wem sie wollten, daneben doch immer eigenes Land besitzen mußten, ist demnach klar, daß die Unterwerfung unter eine Landherrschaft durchaus auf die kleineren Leute beschränkt war, woneben freilich auch Bauern vorkommen konnten, die, obwohl sie den Grund mit eigener Hand bauten, dennoch von aller Landherrschaft sich völlig frei hielten.

Die bisher auf Grund der älteren Gesetzgebung geschilderten Rechte der Landherren nehmen aber in der späteren Zeit allmählich einen weiteren Aufschwung; sowohl in Bezug auf die ihnen unterworfenen Personen, als auch hinsichtlich des ihrem Inhalte zugestandenen Umfanges gewinnen dieselben mit der Zeit ein völlig geändertes Ansehen. In der ersteren Beziehung stößt uns bereits in einem Gesetze, das jedenfalls noch der Mitte des 11ten Jahr-

[1]) Aedhelr. I, §. 1; König Edelred regierte aber 978—1016.

[2]) Es ist dieß völlig in der Ordnung, da solche Leute von ihrem Grundeigenthume Gerichtsfolge zu thun hatten, und an dieses ihnen gegenüber der Staat sich halten konnte.

hunderts angehört, die Bestimmung auf,[1]) daß der landrica auch Strafgelder beziehen könne, die der landagende man, also der freie Grundeigenthümer, entrichtet; wir müssen hiernach annehmen, daß entweder in der Zwischenzeit zwischen der Abfassung dieses und des vorhin erwähnten Gesetzes König Edelreds die Gewalt der Landherren sich ausgedehnt habe, oder daß dieselbe in Northumbrien, auf welches sich das spätere Gesetz allein bezieht, größeren Umfangs gewesen sey als in den übrigen Landestheilen, oder endlich, daß in der Verordnung König Edelreds nur ein vergeblicher Versuch gemacht worden sey, die thatsächlichen, bereits weiter ausgedehnten Rechte der Landherren in engere Schranken zurückzuweisen. Es darf darauf hingewiesen werden, daß bereits in einem späteren Gesetze dieses Königs selbst, das freilich auch nur für Nordengland gilt, die Bestimmung nur noch dahin lautet, daß über einen Königsthegen niemand eine socn haben dürfe, als der König selbst;[2]) die Classe der Bauern mit freiem Grundeigenthum scheint hiernach jedenfalls um die Mitte des 11ten Jahrhunderts von den Landherren bereits in ähnlicher Weise untergesteckt worden zu seyn, wie Aehnliches auch in Deutschland in großer Ausdehnung der Fall war, und die Ausdrücke alodiarii oder socmanni scheinen für solche bäuerliche Grundeigenthümer unter fremder Landherrschaft technisch geworden zu seyn.[3]) In den Gesetzen König Knuts steht bereits entschieden fest, daß Leute, die selbst Buchland besitzen, einen Herrn über sich haben können, der im Falle einer Vermögensconfiscation ihr Lehnland und ihre fahrende Habe an sich zieht, während ihr Buchland allerdings noch dem Könige heimfällt.[4]) — Nach der anderen Seite hin sind es zunächst die Urkunden, welche über die allmähliche Erweiterung des Inhaltes der landherrlichen Rechte Aufschluß geben. Bis in die Zeit König Knuts handelt es sich in denselben meist nur um die Befreiung des in

---

[1]) North. pr. L. §. 49.

[2]) Aedhelr. III, §. 11.

[3]) So wird in einer Urkunde König Edwards des Bekenners eine Reihe von Immunitätsrechten verliehen, nicht nur super illorum proprios homines, sondern auch super omnes allodiarios, quos eis habeo datos; Cod. dipl. num. 902.

[4]) Cnut. S. §. 13 und 78.

der Hand eines Grundeigenthümers befindlichen Landes von den mancherlei Diensten und Abgaben, welche dem Könige und seinen Beamten, oder auch der Kirche und ihren Dienern geschuldet, oder doch von diesen angesprochen worden waren, oder auch um die Uebertragung des Rechts, solche Leistungen von den Eingesessenen zu fordern, auf den Grundeigenthümer selbst; aber freilich hat der Umstand, daß zwischen der staatsrechtlichen und privatrechtlichen Stellung des Königs nicht gehörig geschieden wurde, hier wie anderwärts zur Folge, daß in der einen wie in der anderen Art ebensogut über staatsrechtliche wie über privatrechtliche Einkünfte und Dienste zu Gunsten der Landherren verfügt wurde.[1]) Neben sehr mannichfachen Clauseln, welche alle und jede Rechte des Königs über das betreffende Land und alle Bezüge desselben aus diesem ausschließen, und etwa nur die drei allgemeinen Landeslasten, Heerfahrt, Burgbau und Brückenbau vorbehalten, finden wir demnach nicht etwa bloß den dem Könige geschuldeten Grundzins (gafol, census, tributum) erlassen oder verschenkt, oder an ihn zu leistende Hand- und Spanndienste (servitium regium, opus regale; constructio regalis villae; parafridi, plaustra, equi, u. dgl.), insbesondere auch die Last der Beherbergung und Verköstigung des Königs, seiner Boten, Jäger, Falkner, sammt Hunden, Pferden und Falken (cyningesfeorm, u. s. w.), sondern es wird auch in gleicher Weise das königl. Zollrecht (theloneum, toll) veräußert, sey es nun, daß eine Zollbefreiung ertheilt, oder das Recht der Zollerhebung selbst verliehen wurde, — Marktrechte werden verliehen, der Anspruch auf Erbschaft und Wergeld von Fremden auf einzelne Grundherren übertragen, u. dgl. m.: selbst die Befreiung vom Kriegsdienste, oder doch die Herabsetzung der Kriegslast auf ein bestimmtes geringeres Maß kommt zuweilen, wiewohl nur selten, vor.[2]) Besondere Bedeutung haben aber für unsern Zweck die sehr häufigen Verleihungen des Rechts auf die Strafgelder, welche von den Angehörigen des einzelnen Landherrn etwa für dieses oder jenes Vergehen zu entrichten sind; auf sie muß demnach noch etwas näher eingegangen werden.

---

[1]) Viel Belehrendes über den hieher gehörigen Inhalt der Urkunden bietet Kemble in der Vorrede zu Bd. I. seines Cod. dipl.

[2]) Jenes z. B. Cod. dipl. num. 56 und 168; dieses num. 214; vgl. num. 642.

In bei weitem den meisten Fällen ist es dabei nur das wite, was den Gegenstand der Verleihung bildet, und wird dabei ebenfalls wieder der Diebstahl, als das häufigste Verbrechen, vorzugsweise ins Auge gefaßt. So werden Territorien befreit a popularium conciliorum vindictis, nisi tantum pretium pro pretio, [1]) ab omnibus regalibus et comitialibus tributis, [2]) a cunctis pönalibus causis, [3]) was auch wohl ins Angelsächsische übersetzt wird: mid eallan tham gerihtum and tham witan, dhe dhär of arisadh, — oder Befreiungen gegeben pönalium rerum et furis comprehensione, [4]) — oder es heißt: nec pönam mittere super eos quoquo modo audeat, [5]) u. dgl. Das pretium pro pretio, simplum pretium oder singulare pretium, welches in solchen Fällen von der Verleihung ausgenommen zu werden pflegt, ist dabei augenscheinlich das an den Kläger selbst zu zahlende angyld, auf welches sich dieselbe der Natur der Sache nach nicht beziehen konnte; eine Reihe von Stellen setzt demselben denn auch ganz richtig die pöna als alleinigen Gegenstand der Verleihung entgegen, [6]) oder bezeichnet auch wohl als solchen geradezu die witeräden, allenfalls sogar mit ausdrücklichem Vorbehalte des angyld. [7]) Solche Verleihungen bestätigen demnach nur, was ohnehin Landrechtens war, oder dehnen doch höchstens den an sich nur auf einen Theil des wite gerichteten Anspruch des Landherrn auf dessen vollen Betrag aus; sie werden dabei zwar zunächst von einem fiscalischen Gesichtspunkte aus betrachtet, daneben aber wird auch wohl hervorgehoben, daß darin die Befreiung von einem extraneum dominium, die Verleihung einer principalis dominatio, oder doch die Befreiung von einer solchen liege: [8]) die Abschließung des Grundeigenthums gegenüber den Staatsbeamten, welche neben jener vermögensrechtlichen Bedeutung hergieng, wird damit deutlich ausgedrückt. In der That haben andere, wenn auch weit seltnere

---

[1]) num. 116.
[2]) num. 1082 und 1084.
[3]) num. 707.
[4]) num. 281; vgl. num. 246, 260, 287.
[5]) num. 214 und 236.
[6]) num. 117, 206, 215, 216, 277; 288; 227, 266; vgl. auch num. 1068.
[7]) num. 236, 313, 1048 und 1063.
[8]) num. 707; num. 281, 253 u. s. w.

Clauseln geradezu nur den Zweck, diese Geschlossenheit des Grundbesitzes zu erhöhen und sicherer zu stellen; so eine Clausel, welche die gerichtliche Vertretung der eingesessenen Leute durch den Eid ihres Herrn oder seines Beamten gestattet, [1]) und eine andere, welche jene gar von aller Stellung vor Gericht befreit, wenn dieses nicht an der Gränze des eigenen Territoriums gehalten würde. [2]) — In anderen Fällen geht das den Landherren eingeräumte Recht schon weiter. Oft genug begegnet uns die Clausel: a furis comprehensione secura, [3]) oder auch wohl a furis comprehensione intus et foris, majoris minorisve; [4]) offenbar will dieselbe dem Landherrn eine besondere Gerechtsame zusichern in Bezug auf den auf handhafter That ergriffenen Dieb, und soll dabei unterschieden werden, ob derselbe innerhalb oder außerhalb der Immunitätsgränzen ergriffen wurde. Von Alters her galt aber die Regel, daß der at häbbendre handa gefangene Dieb dem Tode verfalle, wenn ihm der König nicht ausnahmsweise gestatte, sich um sein Wergeld zu lösen, [5]) daß der äbäre theof ohne Gnade sterben solle, [6]) und selbst vom Dingfrieden nicht beschützt werde, [7]) daß open thyfdh bußlos sey, [8]) während in dem Falle, da die That übernächtig wurde, [9]) nur noch Ersatz, Buße und Wite zu zahlen war: [10]) der auf der That ertappte Dieb hieß darum auch wohl geradezu wergild theof, Wergeldsdieb. [11]) Auch in derartigen Privilegien handelt es sich demnach nur um den Bezug von Strafgeldern, und höchstens noch um das Recht, gegen deren Erlage dem Diebe die Todesstrafe zu schenken; wichtig aber ist, daß die Zahlung hier im wer, nicht im wite besteht, und dem Landherrn somit eine entschiedene Friedensbruchsache überwiesen

---

1) num. 214 und 236.
2) num. 250 und 262.
3) num. 246, 253, 260, 281, 300, 1049.
4) num. 223.
5) Wihtr. §. 26; Aedhelst. I, §. 1.
6) Eadg. II, §. 7; Cnut. S. §. 26.
7) Cnut. S. §. 83.
8) Cnut. S. §. 65.
9) nihteald thiefdh; In. §. 73.
10) In. §. 28 und 72.
11) In. §. 72.

wird, [1]) daß ferner das Recht des Landherrn jetzt unter Umständen bereits außerhalb seines Territoriums wirksam zu werden begann. Spätere Urkunden bezeichnen übrigens die Gerechtsame mit den Ausdrücken infangenne theof und utfangenne theof; ältere umschreiben lieber: fures quoque quos appellant weregelddheofas, si foris rapiantur, pretium ejus dimidium illi äcclesiä, et dimidium regi detur; et si intus rapitur, totum reddatur ad äcclesiam, [2]) nec etiam fures illos, quos Saxonice dicimus wergeldtheowas alicui foras reddant, sed si capiantur, in illorum dominio sunt habendi. [3]) Eine andere mit dem Bisherigen verwandte Clausel lautet ferner: si malus homo in aperto scelere (in peccatis suis) tribus vicibus deprehensus sit, ad vicum regalem reddatur. [4]) Wie dort zwischen dem auf handhafter That ergriffenen und dem gewöhnlichen Diebe, so wird hier zwischen dem erstmaligen Verbrechen und dem Rückfalle unterschieden; der letztere war mit Verstümmelung [5]) oder selbst, vorbehaltlich der Auslösung mit dem wer, mit Todesstrafe bedroht, [6]) und es konnte demnach das Recht über den rückfälligen Dieb bei Ausstellung eines Privilegiums vom Könige ebensogut vorbehalten werden, als das Recht des Landherrn über den auf handhafter That ergriffenen einer besonderen Verleihung bedurfte. — Neben den bisher besprochenen mochten wohl auch noch andere Rechte in einzelnen Fällen verliehen worden seyn. Wenn einmal eine Befreiung von den tributis expeditionalibus gewährt, dabei aber die Verpflichtung zur expeditio selbst ausdrücklich vorbehalten wird, [7]) so kann hierin wohl nur eine Verleihung des fyrdhwite gesehen werden, d. h. des Rechts auf die für das Ausbleiben beim Heeres-

---

1) Später wurde die Strafe des handhaften Diebstahls auch auf die Fälle ausgedehnt, da durch das Ordal oder andere sichere Beweise die Schuld erwiesen wurde; z. B. Aedhelst. III, §. 6; Aedhelr. I. §. 1. In solchen Fällen hat aber, wie schon bemerkt wurde, der Landherr auch ohne besonderes Privileg auf den wer Anspruch.

2) Cod. dipl. num. 236.

3) num. 242; eine freilich nicht unverdächtige Urkunde.

4) num. 210 und 1028.

5) In. §. 18 und 37.

6) Jud. civ. Lund. c. 1 §. 4; Aedhelr. I. §. 1, u. s. w.

7) Cod. dipl. num. 362.

aufgebote von den Landsassen zu zahlenden Strafgelder. Eine Urkunde aus dem Ende des 9ten Jahrhunderts läßt die Aussteller „von allen Gerechtigkeiten, die zu ihrer Herrschaft (hlaforddom) gehören, in der Kaufstadt oder auf der Straße, in der Burg und draußen, die Hälfte Gott und St. Peter gönnen", und zählt darunter auf das Landgeld, [1]) das Fechtgewette, den Diebstahl, den falschen Kauf, der Burgmauer Einsturz, [2]) „und jedes der Verbrechen, die zu einiger Buße führen." [3])

Wie bedeutend durch derartige Privilegien die Stellung der Landherren im Laufe der Zeit sich verändert hatte, wie glücklich dieselben insbesondere fast alle Gerichtseinkünfte und Strafgefälle aus der Hand des Königs in die ihrige zu bringen wußten, ist in den Gesetzen König Knuts bereits deutlich zu erkennen. Nicht nur werden in diesen den Landherren für eine Reihe weiterer einzelner Fälle die Strafgelder zugewiesen, [4]) sondern es sind derartige Rechte an dieselben nunmehr bereits in solcher Fülle übergegangen, daß man sich geradezu genöthigt sieht, die dem König regelmäßig noch verbleibenden Befugnisse ihrerseits aufzuzählen, und doch muß man auch dabei noch eingestehen, daß selbst von diesen „Reservatrechten" einzelne hin und wieder an Privatherren verliehen seyen. So hat der König in Westsachsen nur noch mundbryce, hamsocn, forstal, flymenafeormdh und fyrdhwite, d. h. die Strafgelder, welche wegen Verletzung des besondern Königsfriedens, Heimsuchung, Wegelagerung, Hausung von Aechtern und Ausbleiben beim Heeresaufgebote zu erlegen sind; bei allen schweren Friedensbrüchen hat nur er das Recht der Begnadigung, und bei Confiscationen fällt ihm alles Buchland zu: doch kann der König „einen

[1]) Landfeoh; vielleicht dieselbe Abgabe, die in den Gesetzen mehrfach als landcop genannt und mit der hlafordes gifu zusammengestellt wird; Aedhelr. III, §. 3; Cnut. S. §. 82; North. pr. L. §. 67.

[2]) Burhwealles sceatinge (sceadhinge?); wohl das wite wegen unterlassener Burgarbeit.

[3]) Cod. dipl. num. 1075.

[4]) Z. B. der halbe wer oder der healsfang bei falschem Eide und Zeugnisse, das wite wegen gewaltsamen Widerstandes gegen die Erhebung geistlicher Gebühren; Cnut. S. §. 37 und 49. Auch die Zahlung des wer wegen Verletzung des Trauerjahres fällt, wenigstens unter Umständen, an den Herrn; ebenda, §. 74.

auch weiter ehren, und ihm weitere Rechte verleihen." [1]) Eben so stand die Sache in Merkien; [2]) nach dänischen Rechten aber hat der König fyrdhwite und fyhtewite (Fechtgewette), gridhbryce (Bruch des Königfriedens) und hamsocn, sowie die Strafen für das Hausen von Aechtern, wiederum vorbehaltlich einer besonderen Verleihung selbst dieser Rechte: hinsichtlich der wegen Rechtsverweigerung zu zahlenden Strafen wird dabei noch besonders bemerkt, daß dieselben je nach Umständen an den König, den eorl oder das hundred fallen. [3]) Weit wichtiger noch als diese erweiterten Verleihungen von Gerichtsgefällen wird uns aber, daß nunmehr zum erstenmal eine Gerichtsbarkeit der Landherren hervortritt, deren Entstehung wir freilich in eine weit ältere Zeit glauben zurückverlegen zu dürfen.

In der Gewalt des Hausherrn über seine Hausdienerschaft, des Grundherrn über seine Hintersassen, des Landherrn über seine Landsassen, lag an sich noch keine förmliche Gerichtsgewalt. Der Dienstherr mochte den Mann, den er nicht zum Rechte anhalten konnte, infam aus dem Dienste weisen, der Grundherr im gleichen Falle dem Grundholden sein Lehnland entziehen, der Landherr endlich den Landsassen aus seinem Lande treiben; damit aber war an sich das Recht des Einen und Anderen zu Ende. Eine solche Ausstoßung war indessen eine äußerste Maßregel und für den abhängigen Mann von um so schwererem Gewichte, je mehr die Gewalt des Herrn vom Staat gestützt wurde; es begreift sich daher leicht, daß einerseits das eigene Interesse und die natürliche Billigkeit den Herrn von diesem äußersten Zwangsmittel erst nach gehöriger Untersuchung und nur dann Gebrauch zu machen bestimmte, wenn alle geringeren Strafmittel, die er etwa versuchen mochte, ohne Erfolg blieben, und daß andererseits der Mann aus Furcht vor jenem letzten Mittel der Rechtsordnung des Herrn, und selbst milderen Strafen sich gutwillig unterwarf, die derselbe etwa wegen geringerer Vergehen über ihn verhängen mochte. [4])

---

[1]) Cnut. S. §. 12—13.

[2]) Ebenda §. 14.

[3]) Ebenda §. 15. Auf die Urkunden aus der Zeit dieses Königs und seiner Nachfolger braucht, eben weil die Gesetze schon deutlich genug reden, nicht eingegangen zu werden.

[4]) Die dem Manne in letzter Instanz drohende Ausstoßung hat

Ein gewisses System für Recht und Verfahren mußte sich dabei wenigstens bei denen Herren von selbst ausbilden, die eine größere Anzahl von abhängigen Leuten unter sich hatten; nicht leicht konnte hiernach die Hausherrschaft zu einem eigenen Hofrechte und Hofgerichte Veranlassung geben, außer eben beim Könige,[1] und ebensowenig die von der Landherrschaft getrennte Grundherrschaft, wohl aber konnte die Landherrschaft selbst zu solcher Ausbildung die Grundlage bieten. Einen charakteristischen Ansatz zur Entwicklung der landherrlichen Gerichtsbarkeit zeigt uns denn auch bereits eine Urkunde aus dem Ende des 10ten Jahrhunderts, in welcher ein Bischof seine Leute anweist, alle etwaigen Uebertretungen nach seinem, des Bischofs, Recht zu büßen, bei Vermeidung des Verlustes alles von der Kirche erhaltenen Besitzes.[2] Von der höchsten Bedeutung für die Weiterbildung ihrer Gerichtsbarkeit mußten aber diejenigen Privilegien seyn, welche das volle Recht auf die Gerichtsgefälle in engerem oder weiterem Umfange den Landherren verliehen; durch Zahlung des bloßen angyld konnte der Landherr fortan aller Berufung seiner Landsassen vor die staatlichen Gerichte vorbeugen, und die Frage, ob und welches Strafgeld er von Letzteren für sich erheben möge, als eine rein innere Angelegenheit abthun, — dem Kläger selbst mochte es sogar vielfach vortheilhafter erscheinen, unmittelbar beim Landherrn seine Befriedigung zu suchen, als eine Verhandlung und Entscheidung der Staatsgerichte gegen dessen Landsassen zu veranlassen. — Wenn aber hiernach die allmähliche Ausbildung einer landherrschaftlichen Gerichtsbarkeit wenigstens innerhalb der größeren Landherrschaften aus inneren Gründen sehr wahrscheinlich genannt werden darf, so läßt sich doch für deren Daseyn, wie dieß auch Kemble einmal ausdrücklich bemerkt,[3] vor der Zeit König Knuts aus den Quellen kein sicherer

---

genau dieselbe Bedeutung für die Rechtsordnung innerhalb der herrschaftlichen Verbände, wie die Acht für die Rechtsordnung im ältesten Staat.

[1]) Eine cinges theningmanna gemot, d. h. Gericht der königl. Dienstleute, wird in einer Urkunde von 966 erwähnt; Cod. dipl. num. 1258.

[2]) Cod. dipl. num. 1287.

[3]) II, S. 397. Wenn derselbe, im Widerspruche hiemit I, S. 177, gestützt auf die Urkunde num. 1084, eine ausdrückliche Verleihung der Gerichtsbarkeit schon für den Anfang des 10ten Jahrhunderts annimmt,

Beweis erbringen; die älteren Urkunden, welche von gerichtsherrlichen Urkunden der Landherren sprechen, sind, wenn nicht ganz offenbare Fälschungen,[1] doch sämmtlich mehr oder minder verdächtig, und aus den Gesetzen ließe sich höchstens die bereits erwähnte Bestimmung König Edelreds, daß der Zug an den Gewеren und das Gottesurtheil immer an des Königs Burg gehe,[2] dafür anführen, daß der Proceß im Uebrigen auch vor anderen als den königl. Gerichten habe geführt werden können. Um so gewisser aber ist, daß seit der Regierung König Knuts die Gerichtsbarkeit der Landherren im umfassendsten Maße ausgebildet vorliegt; unzählige Urkunden von seiner und seiner Nachfolger Hand verleihen oder bestätigen dieselbe, so daß die auf sie und andere Rechte sich beziehenden Ausdrücke: sac and socn, toll and team, adhas and ordälas, hundredsetena, infangenne theof and utfangenne, gridhbryce, fridhbryce, borhbryce, hamsocn, flymenafeormdh u. dgl. fast auf allen Seiten der einschlägigen Theile des Cod. dipl. sich finden.[3] In der wenig späteren normännischen Zeit sind indessen diese Ausdrücke, denen ihr ächt angelsächsischer Ursprung auf der Stirne geschrieben steht, bereits unverständlich geworden; sie werden in den späteren Urkunden zwar des Herkommens wegen noch fortgeführt, aber weder richtig gelesen noch geschrieben, und auch wohl geradezu als ihrer Bedeutung nach nicht mehr bekannt bezeichnet. Grund genug anzunehmen, daß der Ursprung der ihnen entsprechenden Gerechtsamen bereits einer weit früheren Zeit angehöre, als in welche wir dieselben urkundlich zurückverfolgen können, und daß die vor der Fremdherrschaft ausgestellten Urkunden derselben wohl nur darum keine ausdrückliche Erwähnung thun, weil sich jene Rechte an das mit gewissen Gerichtsgefällen beliehene größere Grundeigenthum herkömmlich jederzeit anschlossen, also von selbst sich verstanden.

---

so ist hingegen zu erinnern, daß auch diese Urkunde sich recht wohl auf eine bloße Verleihung von Gerichtsgefällen deuten läßt.

[1]) Wie z. B. die zahlreichen Privilegien des Klosters Croyland.

[2]) Aedhelr. III, §. 6. Noch später wird ordäl und team in den Immunitätsprivilegien besonders genannt, war also in der gewöhnlichen Gerichtsgewalt nicht von selbst begriffen.

[3]) Deren Erklärung siehe in Kemble's Einleitung zu Bd. I des Cod. dipl., S. XLIII, und folg.

Für unseren Zweck wenigstens erscheint dieses allgemeine Ergebniß jedenfalls als genügend, da uns die Geschichte der angelsächsischen Immunitäten hier immerhin nur mittelbar berührt. Die obigen Erörterungen über die verschiedenen Verhältnisse der Abhängigkeit, in welchen gemeinfreie Leute stehen konnten, waren nämlich nur vorauszuschicken, um über die Standesverhältnisse dieser Letzteren ins Klare kommen zu können; durch dieselben ist aber auch die Beantwortung der Frage nach diesen von selbst gegeben. Nur der freie Grundeigenthümer, d. h. nach dem frühen Verschwinden des edhel nur der Besitzer von bocland, konnte als selbständiger Mann für sich leben, der Freie ohne Grundeigenthum dagegen war jederzeit als Hausdiener oder Hintersasse einem Herrn unterworfen; ganz abgesehen von dem materiellen Bedürfnisse war ihm diese Unterwerfung durch das Recht auch zu einer formellen Nothwendigkeit gemacht, und der Freigeborene unterschied sich hiernach solchenfalls vom lät oder Freigelassenen nur darin, daß ihm die Wahl seines Herrn freistand, und daß der bloße Erwerb von Buchland seinen Uebertritt in die höhere Classe sofort zur Folge hatte. Nur der Grundeigenthümer gehört ferner unmittelbar dem Staate an, und steht direct unter dem König, und ihm kommen zugleich, wenn sich andere Leute auf seinem Grundeigenthume niederlassen, die Rechte des Landherrn über diese ohne weiters zu; der landlose Mann dagegen ist jederzeit selbst der Gewalt eines Landherrn unterworfen, und hängt nur durch dessen Vermittlung mit dem Staate zusammen. Auch der Landlose kann zwar wieder Hausdiener oder Hintersassen unter sich haben, die Rechte des Landherrn aber können ihm über diese nie zustehen; umgekehrt kann auch der Grundeigenthümer fremdes Land zur Leihe nehmen, und allenfalls sogar in fremden Hausdienst treten, ohne daß darum seine unmittelbare Beziehung zum Staat gelöst würde. Der Unterschied zwischen freien Grundeigenthümern und Freien ohne Grundeigenthum ist demnach zugleich ein Unterschied zwischen unmittelbaren und mittelbaren Angehörigen des Staats; nur die ersteren können an den politischen Rechten in demselben Antheil haben. [1]) Wir ersehen aber auch, daß gegen das Ende

[1]) Die Besitzer von folcland müssen wohl, soweit sie nicht zugleich bocland besitzen, als Landsassen des Königs gedacht werden; an den Rechten der Grundeigenthümer können sie keinen Antheil haben.

des angelsächsischen Reiches die Gränze zwischen den obigen Classen sich wesentlich verschoben hat, indem die kleineren Grundeigenthümer, d. h. diejenigen, die nicht zugleich selbst Landherren waren, der Territorialgewalt der benachbarten Landherren unterworfen wurden; statt der früheren Eintheilung in freie Grundeigenthümer und landlose Freie ist damit eine Eintheilung des Volks in Landherren und Landsassen getreten. Mit diesem Ergebnisse stimmt aber auch vollkommen überein, was sich aus den verschiedenen Ansätzen von Wer und Buße für die Standesverhältnisse entnehmen läßt, die sich gerade hierin am schärfsten auszuprägen pflegen. Das westsächsische Recht stellt in dieser Beziehung die drei Classen der *twyhyndemenn*, *sixhyndemenn* und *twelfhyndemenn* einander gegenüber, deren Bezeichnung von dem ihnen zukommenden Wergeld von 200, 600 und 1200 Schillingen hergenommen ist. [1]) Es wird später dargethan werden, daß unter dem 12. hyndeman der cyninges thegn zu verstehen sey; es kann hiernach von vornherein vermuthet werden, daß der Gegensatz des 2. und 6. hyndemannes auf den Unterschied zwischen den Freien mit und ohne Grundeigenthum zu beziehen sey. Bestätigt wird aber diese Vermuthung einmal dadurch, daß der 2. hyndeman ausdrücklich als ein ceorl, der auf Zinsland sitzt, als gafolgylda oder gebur bezeichnet, und dem Freigelassenen gleichgestellt wird, [2]) so daß der Ausdruck den freien Grundeigenthümer nicht mit umfaßt; bestätigt wird dieselbe ferner durch die Vergleichung der oben besprochenen Standesgliederung der Wälschen. Wenn nämlich der Besitz von 5 Hiden Landes den Wälschen zum 6. hyndeman machte, während der gleiche Besitz, wie wir sehen werden, dem Deutschen die Rechte des thegn, also des 12. hyndemannes verschaffte, liegt die Annahme nahe, daß auch der wälsche Besitzer einer Hide und der landlose Wälsche in den beiden geringeren Ständen der Deutschen ihr Abbild finden, und demnach der erstere dem deutschen 6. hyndeman, der letztere dem deutschen 2. hyndeman in Bezug auf die Voraussetzungen des Standes entsprechen werde; daß dabei der

---

[1]) Vgl. z. B. Eadw. und Gudhr. in fin.; L. Henr. c. 70, §. 1; 76, §. 4. Lappenberg, I, 570, Anm. 1, sollte die Ausdrücke nicht als unerklärt bezeichnen.

[2]) Aelfr. und Gudhr. §. 2; In. §. 6.

Besitz einer Hide als das Minimum des Grundeigenthums erscheint, erklärt sich leicht, wenn wir uns erinnern, daß gerade dieß das Landmaß war, welches zur Ernährung eines Hausstandes als erforderlich galt. Endlich läßt sich auch noch darauf Gewicht legen, daß eine alte lateinische Uebersetzung der Gesetze Knuts einmal den liberalis homo, den homo alodium habens und den ceorl oder villanus sich in einer Weise gegenübersetzt, die unter den beiden ersteren nur den 12. und 6. hyndeman der älteren Rechtssprache verstehen läßt. [1]) Es erklärt sich aber aus der obigen Annahme zugleich auch, warum der 6. hyndeman aus den westsächsischen Quellen so früh verschwindet, [2]) und der 2. und 12. hyndeman bald das gesammte Volk erschöpfend bezeichnen kann; [3]) das allmähliche Herabsinken der kleinen Grundeigenthümer in die Classe der freien Landsassen mußte nothwendig zu diesem Ergebnisse führen. — Die Kentischen Gesetze wissen, wenn wir nicht etwa auf die einmal vorkommende Unterscheidung von vier Classen von Weibern Gewicht legen wollen, [4]) von einer Ausprägung des Unterschiedes zwischen Freien mit und ohne Grundeigenthum in Wer und Buße nichts; in der älteren Zeit, welcher diese Gesetze angehören, mochte die Zahl der unselbständigen Leute noch allzu gering, ihr Verbleiben in der Abhängigkeit noch allzu vorübergehend, namentlich aber die Landherrschaft noch allzu wenig ausgebildet seyn, als daß jene einen besonderen Stand im Staate hätten ausmachen können. In den wenigen uns erhaltenen Bruch-

---

[1]) Kolderup-Rosenvinge's Ausgabe, §. 14, S. 46. Die Ausgabe Thorpe's enthält merkwürdigerweise die Stelle nicht, obwohl in den Anmerkungen zu Eadw. und Gudhr. §. 2 auf dieselbe ausdrücklich Bezug genommen ist; eine Leichtfertigkeit, die bei einer officiellen Ausgabe jedenfalls nicht zu erwarten gewesen wäre!

[2]) Ich finde denselben erwähnt Aelfr. §. 10, 18, 30, 39, 40; In. §. 24, 70; sein Vorkommen in den L. Henr. c. 82, §. 9 und c 87, §. 4 ist bei der unkritischen Compilirung dieses Rechtsbuchs aus älteren und neueren Quellen ohne Bedeutung: seine vereinzelte Erwähnung in der oben mitgetheilten Stelle der Gesetze Knuts dagegen wohl nur ein vereinzelter Ueberrest älteren Rechts, wie Aehnliches aus einer anderen Quelle weiter unten noch zu erwähnen seyn wird.

[3]) Eadw. und Gudhr. App.; Jud. civ. Lund. c. 8, §. 2; Eadm. Cul. §. 2; Cod. dipl. num. 731 und 598; die letztere Urkunde ist freilich verdächtig.

[4]) Aedhelb. §. 75.

stücken anglischen Rechts, welche sämmtlich erst den spätern Zeiten des angelsächsischen Reiches angehören, stehen sich bezüglich des Wergeldes ebenfalls nur thegn und ceorl gegenüber, [1]) wobei für den ersteren in Merkien die Bezeichnung als 12. hyndeman sich ebenfalls findet, während dieselbe in Northumberland der abweichenden Geldverhältnisse und Wergeldsansätze wegen nicht vorkommen kann; daß indessen auch hier der Unterschied zwischen freien Grundeigenthümern und besitzlosen Freien beachtet wurde, ergibt sich daraus, daß noch ein späteres Gesetz für Northumberland den landagende man, den es doch bereits einem Landherrn unterworfen weiß, in Bezug auf Strafzahlungen dem Königsthegen einerseits, dem ceorl andererseits gegenüberstellt, [2]) welche Unterscheidung denn doch nur aus der älteren Zeit in die neuere übergegangen seyn konnte. Daß übrigens der Ausdruck ceorl, den wir bereits in so verschiedenen Bedeutungen kennen gelernt haben, jetzt auch wohl für den geringeren Freienstand gegenüber den freien Grundeigenthümern, also für den 2. hyndeman gebraucht wird, [3]) während er anderwärts wieder den gesammten Stand der Gemeinfreien bezeichnet, ist leicht erklärlich; der Name ceorl, für welchen auch wohl tunesman, d. h. Dörfler, steht, [4]) ist allmählich in seiner Geltung mit dem Freienstande selbst herabgesunken; früher geehrter Name selbst königlicher Personen, [5]) wird er später zur spöttischen Bezeichnung des geringeren Volkes, [6]) und nur diese verächtliche Bedeutung hat sich das neuenglische churl erhalten.

Wir haben im Obigen statt einer „kritischen Ueberschau" über die bisherigen Leistungen ohneweiters eine selbständige Erörterung der einschlägigen Materien auf Grund der Quellen versucht, und

---

[1]) Merc. Werg.; Oaths, §. 13; Werg.

[2]) North. pr. L. §. 48—50, 51—3, 60. Der für die unterste Freienclasse hier einmal gebrauchte Ausdruck färbena ist mir wie anderen unerklärlich.

[3]) Z. B. Aelfr. §. 10, 18, 39, 40; North. pr. L. §. 52—3, 60; Cod. dipl. num. 976, 1077.

[4]) Z. B. Eadg. Suppl. §. 13; North. pr. L. §. 59.

[5]) Neben unserem deutschen Kaiser Karl findet sich auch bei den Angelsachsen ein König Cearl von Merkien, Beda, II, c. 14, und auch in altnordischen Quellen führen angesehene Personen den Namen Karl.

[6]) Vgl. den Eadwi ceorla cyning im Chron. Anglos. a. 1017.

damit ohne Zweifel bei der geehrten Redaction sowohl als bei manchem Leser dieser Blätter gewaltigen Anstoß gegeben; ein Blick auf die Litteratur soll indeß, hoffen wir, das eingeschlagene Verfahren rechtfertigen. Wir glaubten einen wesentlichen Standesunterschied auf die Selbständigkeit und Unselbständigkeit des Lebens, auf die Unmittelbarkeit und Mittelbarkeit der Beziehungen zum Staate gründen, und denselben mit der Unterscheidung von Freien mit und ohne Grundeigenthum zusammenfallen lassen zu sollen; genaueres Eingehen in die Voraussetzungen und Wirkungen der verschiedenen herrschaftlichen Gewalten, sorgfältiges Verfolgen der verschiedenen Phasen, welche zumal die Landherrschaft im Verlaufe der Zeiten durchmacht, schien uns zu solchem Ende absolut nothwendig. Gerade diesen Fragen hat nun aber die Litteratur bisher nur in sehr untergeordnetem Maße ihre Aufmerksamkeit zugewendet, und namentlich auf die Veränderungen, welche in Bezug auf dieselben in der späteren Zeit eingetreten sind, nicht gehörig geachtet; so tritt demnach in derselben die für die frühere Zeit so wichtige Scheidung der freien Grundeigenthümer und der besitzlosen Freien nicht oder doch nicht genug hervor, oder es wird auch wohl die erst der späteren Zeit angehörige Theilung des gesammten Volkes in Landherren und Landsassen schon in die älteste Zeit hineingetragen, und dadurch der Verfassung des angelsächsischen Volkes von Anfang an der streng aristokratische Charakter aufgeprägt, der sich doch in der That erst sehr allmählich in derselben entwickelte. So kennen denn Phillips und Lappenberg, Turner und Lingard nur einen einzigen Stand der Gemeinfreien, während sie den 6. hyndeman dem Dienstadel zuzählen zu sollen glauben;[1]) die Fähigkeit Grundeigenthum zu besitzen, wird dabei dem Gemeinfreien eingeräumt, auch bemerkt, daß nicht alle solches besaßen, und daß viele Freie einen Herrn über sich hatten, der sie verbürgte;[2]) nicht beachtet wird dagegen daß gerade der Mangel an Grundeigenthum es war, der zur Unterwerfung unter einen Herrn rechtlich nöthigte. Auch von der Gerichtsbarkeit des Landherrn

---

[1]) Phillips, S. 119, Lappenberg, S. 572; Lingard, S. 426—7; vgl. 407-8; unbestimmter Turner, III, S. 48.

[2]) Z. B. Phillips, S. 105—9 und 134—5; Lappenberg, S. 573 und 586—8; Lingard, S. 409; Turner, III, S. 50.

wird, den späteren Quellen folgend, gesprochen, [1]) aber dabei weder bemerkt, daß diese in der älteren Zeit nie über Grundeigenthümer sich erstreckte, noch auch, daß sie in ihren Anfängen selbst nur ein Ausfluß der Freiheit des Grundeigenthums war; umgekehrt sieht man vielmehr in derselben ein Privileg des Königs, des Adels und der Geistlichkeit, ohne daß doch der Grund eines solchen erklärt würde. Besitz und Nichtbesitz von Grundeigenthum, völlige Selbständigkeit und Unterwerfung unter einen Privatherrn, endlich Unterordnung unter eine fremde Landherrschaft und Freiheit von dieser sammt der Fähigkeit solche selbst über andere zu üben, stehen demnach bei den bezeichneten Verfassern lediglich als einzelne Gegensätze nebeneinander, ohne daß deren wesentlicher Zusammenhang unter sich, die ihnen gemeinsame Grundidee erkannt wäre, welche dieselben doch allein in ihrer vollen Bedeutung für die gesammte Rechtsverfassung zu würdigen gestattet. Als ein reines Spiel der Phantasie läßt sich dem gegenüber Leo's Schilderung der angelsächsischen Standesverhältnisse bezeichnen. [2]) Ihm zerfallen die Gemeinfreien oder ceorlas im weiteren Sinne in 5 Classen: holdas, thegnas, geneatas, cotsetlan und geburas; nur die drei letzteren Classen sollen ceorlas im engeren Sinne seyn, die beiden ersteren dagegen durch den Besitz von bocland sich auszeichnen, der jenen versagt sey: in gewissem Sinn soll indessen auch der geneat oder ceorl im engsten Sinne zu den thegnas zählen. Der geneat soll ferner durch den Besitz von folcland, der cotsotla durch den Besitz von länland, der gebur durch das Wohnen auf seines Herrn inland sich auszeichnen; die Scheidung der 2. 6. und 12. hyndemen wird nur auf die ceorlas in diesem Sinne bezogen, während der thegn im Wergeld noch höher stehen soll als die Letzteren. [3]) Die lätas, die Freigelassenen, die folgeras werden

---

[1]) Phillips, S. 91—2, vgl. 83—5; Lappenberg, S. 586; Lingard, S. 410; Turner, II, S. 350.

[2]) Rectitudines, S. 166—70; vgl. S. 115—24.

[3]) Diese letztere Annahme stützt sich, nebenbei bemerkt, auf die Meinung, daß die Angaben über die Wergeldsansätze in Northumberland mit denen über die Ansätze bei den Westsachsen ohneweiters zusammengeworfen werden dürften. Daß dieselbe den klarsten Quellenstellen widerspricht, braucht nicht erst bemerkt zu werden.

neben den angegebenen Ständen genannt, ohne daß irgend angegeben wäre, wie sie sich zu denselben verhalten.[1]) Endlich die Stellung des landrica, die „natürlich" nur dem Könige, den eorlas, thegnas und der Kirche zukommen konnte, wird lediglich in der Gestalt, welche sie in den letzten Decennien des angelsächsischen Reiches angenommen hatte, geschildert, aber ohneweiters in die ältesten Zeiten zurückdatirt.[2]) Man sieht, der Gegensatz der Grundeigenthümer und Nichtgrundeigenthümer ist hier vor allem dadurch verrückt, daß nur den thegnas bocland zugeschrieben werden will; die weitere Scheidung der geneatas, cotsetlan, geburas in drei Stände erscheint ungerechtfertigt, da unter den landlosen Freien Standesunterschiede nicht weiter vorkommen, und wenigstens die beiden letzteren Ausdrücke auf Standesverhältnisse überhaupt nicht hinweisen; die lätas, Freigelassenen, folgeras sind bei der Eintheilung des Volks in Stände völlig übersehen; die ausschließliche Beziehung der oftgenannten Wergeldsclassen auf den geringeren Freienstand ist durchaus quellenwidrig; endlich die Gewalt des landrica für die älteste Zeit keineswegs in der von Leo angenommenen Ausdehnung begründet. Reiflicher durchdacht, darum aber nicht richtiger, scheint uns Palgrave's Darstellung. Auch er schildert die „sovereignty" des landrica völlig auf Grund der spätesten Quellen, und legt auf dieselbe schon für die älteste Zeit ein entscheidendes Gewicht;[3]) eben durch dieses Hineintragen späterer Zustände in eine frühere Zeit erhält er aber ein völlig verzerrtes Bild dieser letzteren. Ihm zerfällt das ganze Volk in Adelige, zu denen auch die six hyndemenn gehören, und in Gemeinfreie, ceorlas oder twy hyndemenn; diese letzteren sind wieder entweder heordhfäst oder folgeras. Alle ceorlas sind aber

---

[1]) S. 172—4; 132—6; vgl. 146—50.

[2]) S. 180 und folg. Dabei werden noch obendrein die wunderlichsten Mißverständnisse zum Besten gegeben; der Ausdruck hamsocn z. B. bezeichnet dem Verfasser in den Urkunden nicht das Recht auf die durch das Verbrechen der Heimsuchung verwirkten Strafgelder, sondern das Recht der Gerichtsherrschaft, unter Umständen gewaltsam in die Behausung ihrer Leute einzudringen, — flymenafeormdh das Recht, Aechter zu hausen. Warum nicht auch gridhbryce das Recht, den Königsfrieden zu brechen?

[3]) I, S. 65—6, 79—82, u. s. w.

des Grundeigenthums unfähig, und von allen politischen Rechten ausgeschlossen, wiewohl sie in den Gerichten erscheinen; sie sind mit schweren Diensten und Abgaben belastet, und an die Scholle gebunden. Dabei soll der ganze Stand aus der unterworfenen brittischen Bevölkerung hervorgegangen seyn, und nur ausnahmsweise einzelne Deutsche in sich aufgenommen haben.[1] Den Gegensatz eines regierenden Adels und eines regierten gemeinfreien Standes entlehnt hiernach Palgrave den spätesten Zeiten der angelsächsischen Monarchie, denkt sich aber dabei die Lage des letzteren selbst für diese späteren Zeiten zu hart, da ja gemeinfreie Grundeigenthümer, wenn auch bereits einem Landherrn unterworfen, noch im 11ten Jahrhunderte vorkommen; er übersieht aber nicht bloß, daß jene Eintheilung des Volks erst sehr spät an die Stelle der älteren Eintheilung desselben in landlose Freie und Grundeigenthümer getreten ist, sondern er stellt uns überdieß das in der ganzen germanischen Geschichte unerhörte Beispiel eines Volkes ohne nationalen Bauernstand hin. Daß aber von einer bloßen Gesellschaft von Adeligen die Eroberung Britanniens habe ausgehen, daß ohne einen ächt deutschen Bauernstand in Sprache und Ortsnamen, in Recht, Sitte und Götterlehre fast alle Spur des Kelten- und Römerthums in England habe vertilgt werden können, wird niemand mit dem Verfasser glauben wollen. Am nächsten endlich kommt der von uns aufgestellten Ansicht Kemble; leider hat sich derselbe indessen durch den Plan seines Werkes, dessen erster Band nur die Grundlagen der angelsächsischen Verfassung behandeln sollte, von einem specielleren Eingehen in die größtentheils erst späteren Quellen abhalten lassen, so daß seine Darstellung einstweilen noch ohne quellenmäßige Stütze dasteht. Mit vollem Recht hebt Kemble nachdrücklich hervor, daß die volle Freiheit den Besitz von Grundeigenthum, ursprünglich von edhel, wesentlich voraussetze, und daß alle hiernach nicht vollfreien Leute genöthigt sind, einem Herrn sich zu unterwerfen;[2] der Umstand aber, daß alle nicht vollkommen selbständigen Leute ihm unfrei heißen, verleitet ihn dabei zu mancher schiefen Behauptung. Ganz richtig

[1] S. 14—29.

[2] I. S. 128—35.

geht Kemble ferner von dem Satze aus,[1]) daß die Uebervölkerung, welche auch in den älteren germanischen Staaten sich mit der Zeit fühlbar machen mußte, entweder zur Kindsaussetzung führen mußte, deren Vorkommen bei den Deutschen Tacitus mit Unrecht zu läugnen scheint, oder zu massenhafter Auswanderung, die indeß nur unter ganz besonderen Voraussetzungen möglich war, oder endlich zu einem Umtausche der Dienste, welche der Vermögenslose bieten kann, der Vermögliche zu empfangen liebt, gegen die Mittel zum eigenen Unterhalte; mit Unrecht aber geht er von dieser Betrachtung aus nur zu einer einzigen durch derartige Bedürfnisse veranlaßten Verbindung, der Gefolgschaft, über, während er der sonstigen freien Hausdienerschaft und der freien Hintersaßen nur im Vorbeigehen mit der Bemerkung gedenkt, daß solche insgesammt dem Stande des lät oder esne angehört zu haben scheinen.[2]) An die Stelle der von Kemble aufgestellten Unterscheidung zwischen freien Leuten und unfreien, die doch nicht serfs sind, glauben wir eben die Scheidung eines höheren und geringeren Freienstandes setzen zu sollen; der erstere gilt uns, wie Kemble, allein als politisch berechtigt, er ist uns wie ihm ausgezeichnet durch den Besitz von Grundeigenthum, zum letzteren aber zählen wir alle die abhängigen Classen, ohne doch bezüglich derselben durchgängig erbliche Abhängigkeit von einem Privatherrn, wie bei den lätas, anzunehmen: eben weil wir einen zwiefachen Freienstand anerkennen, brauchen wir aber auch nicht, wie Kemble thut, den 6. hyndeman dem Dienstadel zuzuweisen. Von der Landherrschaft und deren Zusammenhang mit dem freien Grundeigenthume nimmt der Verfasser gar keine Notiz; unter die einzelnen Rechte endlich, welche derselbe ohne weiteren Beweis dem vollfreien Manne als solchem beilegt, dürften manche aufgenommen seyn, die dem geringeren so gut als dem höheren Freienstande zukommen. So scheint uns das Recht der Freizügigkeit, soweit es sich dabei um die Befugniß handelt seinen Herrn zu wählen und zu wechseln, auch dem geringeren

---

[1]) S. 162, folg.

[2]) S. 215. Da die lätas auch von Kemble auf die unterworfene Bevölkerung eines eroberten Landes zurückgeführt werden wollen, nähert sich derselbe mit jenem Ausspruche, wohl mehr als er selbst will, der oben besprochenen Ansicht Palgrave's.

Freien, soweit er nicht lät oder Freigelassener war, zuzustehen; die Führung einer Controle über den Dienstwechsel, welche durch das polizeiliche Interesse des Staats gefordert wird, steht dem nicht im Wege. Auch das Waffenrecht möchten wir nicht auf die Grundeigenthümer beschränken; das Fehderecht übten, wie sich aus den Bestimmungen über das Wergeld ergibt, die geringeren Freien, wie die höheren, übten anderwärts sogar die Liten, und zum Heerdienst waren gewiß die landlosen Freien so gut wie die Landeigenthümer verpflichtet, wenn auch der Staat sich zunächst an die letzteren halten mochte.[1]) Selbst bezüglich der Marknutzungen dürfte sich nicht so ohneweiters entscheiden lassen, ob nicht wenigstens neben oder hinter den Grundeigenthümern auch den landlosen Leuten ein Antheil an denselben zukam; in Island wird ein Streit zwischen beiden Classen einmal dahin entschieden, daß nach des Landes Rechten in den Nutzungen der almenningar die einschichtigen Leute (einhleypingar) zwar hinter den Bauern (böndr) zurückstehen müßten, aber doch von denselben nicht völlig ausgeschlossen seyen.[2]) Wenn endlich Kemble als äußeres Kennzeichen des Freienstandes das Tragen des langen Haupthaares bezeichnet, so möchten wir auch hiegegen einiges Bedenken erheben; daß nämlich das Verbot des Haarabscheerens als einer Injurie hiefür nichts beweist,[3]) scheint uns klar, und wenn anderwärts dem friwif locbore für ein, wie es scheint fleischliches, Vergehen eine Strafe angedroht wird,[4]) so möchten wir dabei, wie bei der filia in capillo des langobardischen Rechts,[5]) eher an die Jungfrau gegenüber dem verheiratheten Weibe, als an die Freie gegenüber der Unfreien denken.

(Fortsetzung folgt.)

Konrad Maurer.

---

[1]) In Norwegen müssen sogar die ledigen Bursche vor den ansässigen Bauern daran, die Schiffe zu bemannen.

[2]) Gretla, c. 29.

[3]) Aelfr. §. 35.

[4]) Aedhelb. §. 73.

[5]) Leg. Liutpr. §. 65.

IV.

Zur neuesten Codification des Strafrechts.

Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten, nebst Gesetz über die Einführung desselben vom 14 April 1851.

(K. Bayerischer) Entwurf des Gesetzbuchs über Verbrechen und Vergehen. Mit Motiven (Allgemeiner Theil): 1851. Dazu der vorläufige Bericht des Abg. (Prof. Dr.) Weis in den Verh. d. K. d. A. Beil. Bd. 2., Beil. 78.

Entwurf eines Strafgesetzbuchs für das Königreich Sachsen. Nebst Motiven (1852).

Hiezu kömmt jetzt:

Entwurf des Gesetzbuchs über Verbrechen und Vergehen für das Königreich Bayern, mit Motiven. München, 1854.

(Fortsetzung.) [1])

Seitdem der Anfang dieser Bemerkungen in dem ersten Hefte dieser Zeitschrift zum Abdrucke gelangt ist, ist die Revision des bayerischen Entwurfs zur Vollendung und zur Vorlage an die Stände gediehen (Ende vorigen Jahrs). Wer sich die Mühe nimmt, die Aufstellungen des neuen bayerischen Entwurfs mit den Ergebnissen jener kritischen Prüfung zu vergleichen, wird vielleicht durch eine gewisse Uebereinstimmung dieser letzteren mit den Sätzen des Entwurfs überrascht werden. Dieser Einklang könnte möglicherweise eine doppelte Erklärung haben. Es wäre denkbar, daß man bei der Revisionsarbeit die in unserer Ueberschau niedergelegten Bemerkungen berücksichtigt habe, oder aber, daß der Verfasser dieser letzteren in der Lage war, bei seiner Abhandlung die hauptsächlichen Resultate der Revision schon vor deren Veröffentlichung zu kennen und zu benützen. Der Verfasser hält sich zu der Angabe ver-

---

[1]) S. den ersten Band der Ueberschau, H. 1. S. 150 f.

pflichtet, daß die letztere Erklärung jener Thatsache die richtige ist, und daß die meisten der von ihm aufgestellten und motivirten Postulate auf eine anticipirte Rechtfertigung der Bestimmungen des neuen bayerischen Entwurfs berechnet waren.

Nach dieser salvatio animae soll nunmehr zuvörderst die vergleichende Prüfung der Lehren des allgemeinen Theils zum Abschlusse gebracht werden, wobei das System des bayer. Entw. zur Richtschnur dienen mag.

5. Von den Gründen, welche die Strafbarkeit ausschließen oder tilgen.

Die Gründe, welche eine ihrer objectiven Beschaffenheit nach rechtsverletzende Handlung im allgemeinen straflos zu machen geeignet sind, tragen einen doppelten Charakter an sich. Es sind entweder Momente, welche der Handlung selbst innewohnen, oder es sind Thatsachen, welche derselben in äußerlicher und zufälliger Weise nachfolgen.

Die Gründe der ersteren Art beruhen entweder auf dem Mangel des die Zurechnung bedingenden Bewußtseyns — so die Unzurechnungsfähigkeit wegen Jugend oder Geisteskrankheit, der Irrthum — oder auf der Aufhebung der spontanen, freien Willensbestimmung, wohin der Befehl, der Zwang, die Nothwehr und der Nothstand gehört.

Die Thatsachen der zweiten Kategorie, soweit sie von allgemeiner Wirkung sind, haben in Beziehung zu der verbrecherischen Handlung den Charakter von nachträglich und zufällig eintretenden Ereignissen, wie der Tod des Verbrechers, die Verjährung, die Begnadigung, der Mangel des die Strafverfolgung bedingenden Antrags. [1])

Die neuere Gesetzgebung hat in der Darstellung der bezeichneten Gründe eine verschiedene Methode befolgt.

Das bayerische Strafgesetzbuch v. J. 1813 und nach demselben das sächsische Criminalgesetzbuch, dann die hannover'sche

---

[1]) Es ist daher unsystematisch, wenn das hess. StGB. Art. 37 den Verzicht auf den Strafantrag neben der Unzurechnungsfähigkeit und der Nothwehr, und an einem ganz andern Platze des Systems (Art. 123) die Verjährung und den Tod des Verbrechers abhandelt.

und thüringische Gesetzgebung haben, ebenso wie jetzt wieder das preußische Gesetzbuch und der bayerische Entwurf, die Thatsachen beider Kategorien unter eine gemeinsame Rubrik gefaßt, als „die Gründe welche die Strafbarkeit aufheben", oder „welche die Strafe ausschließen", oder „welche die Strafbarkeit ausschließen oder tilgen." Wenn hiebei, wie dieß schon im bayerischen Strafgesetzbuche geschieht, die obwaltende innere Verschiedenheit gehörig hervorgehoben wird, so wird sich gegen diese Anordnung, welcher jedenfalls das Prädicat klarer Einfachheit gebührt, nichts erhebliches einwenden lassen.

Einen andern Weg hatte der bayerische Entwurf v. J. 1822 und nach ihm die oben nicht genannten neueren Gesetzbücher eingeschlagen. Die der Handlung immanenten Strafausschließungsgründe werden von den Tilgungsgründen der Strafbarkeit systematisch getrennt und in einen andern Zusammenhang verwiesen. Ein Blick in jene Gesetzbücher zeigt indeß, wie schwierig es sey, für die Thatsachen der ersteren Art die passende Rubrik zu finden. Will man sie als „die Fälle" zusammenfassen, „in welchen keine Bestrafung stattfindet" (Hess. StGB.), so verspricht diese Formel viel mehr als der Inhalt des Titels leistet; das vorgesetzte Thema wird weitaus nicht erschöpft. Weniger Bedenken hat es, wenn das württembergische und theilweise auch das braunschweigische Gesetzbuch in Nachahmung des bezeichneten bayerischen Entwurfs unter der Ueberschrift „von der Zurechnung" oder „von der Zurechnung zur Strafe" auch die Nothwehr, den Nothstand und den Zwang darstellen, oder wenn der neue sächsische Entwurf von den Gründen handelt, „welche die Zurechnung aufheben oder mindern." Ist unter der Zurechnung die subjective Grundlage der Verschuldung, soweit diese auf dem Bewußtseyn und dem Willen des Handelnden ruht, zu verstehen, so ist die Nothwehr allerdings ein Aufhebungsgrund der Zurechnung, da sie den verbrecherischen Willen ausschließt, und es ist nicht ganz genau, wenn das bad. StGB. in der Bezeichnung seines 3. Titels neben den allgemeinen Voraussetzungen der Zurechnung auch des Nothstands und der Nothwehr selbständig gedenkt.

Ueberschauen wir nun die einzelnen Thatsachen der einen und anderen Art, so ist die Aufstellung des bayer. StGB. in der nachfolgenden Legislation theils erweitert, theils beschränkt worden.

Der Nothwehr wurde meist noch der Nothstand und der Verjährung der Mangel des Strafantrags hinzugefügt (s. u.). Dagegen wurde bei den Strafausschließungsgründen „die Erlaubniß der Beschädigten" und „die Beschädigung durch Ausübung eines Rechts" als selbstverständlich mit Fug hinweggelassen.

a. Störung des Vernunftgebrauchs.

Die Feststellung der Aufhebungsgründe der Zurechnung, soweit dieselben auf abnormen psychischen Zuständen beruhen, gehört anerkanntermaßen zu den schwierigsten Problemen der Gesetzgebung.

Sollen die Seelenzustände, welchen jene Wirkung zugestanden wird, in ausschließender Vollständigkeit aufgezählt werden?

Oder ist die Aufstellung eines leitenden Grundsatzes als maßgebender Norm für die Beurtheilung der einzelnen in dieser Beziehung geltend gemachten Zustände vorzuziehen?

Eine Specificirung der einzelnen Formen der Seelenstörung widerspräche dem empirischen Charakter der Legalpsychologie. Es haben sich daher alle neuern Gesetzgebungen nach dem Vorgange des bayer. StGB. (Art. 120) derselben enthalten, und erst das preuß. StGB. weicht wieder hievon ab.

Bei der Betretung des andern Wegs wird vornehmlich zweierlei zu berücksichtigen seyn.

Einmal, daß der Gesetzgeber kein psychologisches, sondern ein juristisches Princip aufzustellen hat, mit andern Worten, daß er dasselbe einfach auf den Mangel der die Zurechnung rechtlich bedingenden Momente zu gründen hat — worin, beiläufig bemerkt, zugleich seine Berechtigung zur Aufstellung eines leitenden Grundsatzes in dieser Richtung enthalten ist. Dieß Princip selbst muß hinlänglich elastisch seyn, um neuen Erfahrungen auf dem dunkeln Gebiete der psychischen Krankheiten Raum zu geben; es soll aber zugleich auch die erforderliche Schärfe und Bestimmtheit haben, um jene sich immer wieder erneuernden Versuche eines sophistischen oder vielmehr rabulistischen Materialismus zu vereiteln, welcher die Symptome des strafbaren Willens und der verbrecherischen Leidenschaft als Anzeichen wahrer Seelenstörung geltend macht und unter dieser Firma offenbare Verbrecher der Zurechnung und der strafenden Gerechtigkeit entziehen möchte.

Von den uns vorliegenden legislativen Arbeiten überrascht

uns zuvörderst der sächsische Entw. Art.83 mit der Präsumtion, daß die Fähigkeit der Selbstbestimmung bei allen Personen voraus- zusetzen sey, welche das zwölfte Jahr ihres Alters zurückgelegt haben, soferne nicht gewisse Umstände nachgewiesen werden können, welche sie ausschließen. Zwar wollen es die Motive S. 157 nicht Namens haben, daß damit eine praesumtio juris für die Zu- rechnungsfähigkeit eingeführt werden sollte, da der Richter alle Umstände, welche gegen dieselbe sprächen, ex officio zu verfolgen und zu berücksichtigen habe; man habe im Grunde nur aussprechen wollen, daß nicht die entgegengesetzte Präsumtion gelte. Allein auf diese Weise ließe sich auch die Aufstellung einer praesumtio doli rechtfertigen; ist das Princip der Präsumtion, wie niemand läugnet, dem Geiste unserer Strafrechtspflege widerstrebend, so soll man sich füglich auch einer nur scheinbaren Benutzung derselben enthalten. — Für die Annahme der Zurechnungsfähigkeit wird im Art. 82 die Fähigkeit der Selbstbestimmung zur Zeit der Be- gehung der That als Princip vorangesetzt, und diese Fähigkeit soll nach Art. 83 dann als mangelnd angesehen werden, wenn ent- weder (a) die Geisteskräfte gänzlich fehlen, welche dazu gehören, um das Rechte vom Unrechten unterscheiden zu können, oder wenn (b) die Person der hiezu erforderlichen Anleitung gänzlich entbehrt hat, oder (c) wenn sie die That in einem bewußtlosen Zustande oder während einer Seelenkrankheit verübt hat, welche den Ver- nunftgebrauch entweder im Allgemeinen oder in der besondern Richtung, welche bei der That in Betracht kommt, gänzlich auf- hebt. — Betrachten wir diese Sätze genauer, so ist der erste der- selben entweder eine doctrinäre Umschreibung des Strafaufhebungs- grundes der Jugend: dann erscheint er überflüssig, weil der Jugend später noch besonders gedacht wird; oder es ist ihm eine größere Tragweite zugedacht: dann ist er gefährlich; denn es ist eine wohl aufzuwerfende Frage, was das für Geisteskräfte sind, welche dazu gehören, um das Rechte vom Unrechten unterscheiden zu können? — Der zweite Satz ist offenbar auf die Taubstummen gemünzt. Allein bei diesen wird der Umstand, ob sie eine auf die Unterscheidung des Rechten vom Unrechten gerichtete Anleitung empfangen haben, nicht als entscheidendes Moment, sondern nur als ein Indicium in Betracht kommen. Die Hauptsache wird immer die seyn, ob aus den Umständen anzunehmen ist, daß der

Taubstumme jene Unterscheidungsgabe besessen habe, gleichviel auf welchem Wege er derselben theilhaftig geworden.

Der neue bayerische Entwurf hatte zuvörderst zwei Sätze des Entw. von 1851 zu beseitigen, von welchen der eine eben so inhaltlos als der andere bedenklich erscheinen mußte. Inhaltlos ist der dem Strafgesetzbuche entnommene Art. 64 („eine dem Strafgesetzbuche äußerlich zuwiderlaufende Handlung, welche dem Handelnden weder zu rechtswidrigem Vorsatze noch zur Fahrlässigkeit zugerechnet werden kann, ist unsträflich"), man mag ihn mit dem Art. 34 und 36 des ältern, oder mit Art. 5 des neuern Entwurfs zusammenhalten. — Der Art. 65 des ältern Entw. aber („die Zurechnung ist ausgeschlossen durch jeden Zustand, in welchem dem Handelnden das Bewußtseyn seiner Handlung oder ihrer Strafbarkeit oder die Möglichkeit der freien Willensbestimmung fehlt") würde allen jenen Theorien einen willkommenen Stützpunkt abgeben, welche, die moralische Krankheit mit der psychischen verwechselnd, den brutalen leidenschaftlichen Antrieb zum Verbrechen als Aufhebung der freien Willensbestimmung und damit der Zurechnung geltend machen; den Bemühungen der Vertheidiger und mancher Gerichtsärzte würde zum Schaden der Gerechtigkeit die Autorität des Gesetzes selbst zu Hülfe kommen.

Indem der neue Entw. Art. 56 die Strafbarkeit einer Handlung dann ausschließt, wenn bei ihrer Begehung der Handelnde entweder durch Geisteszerrüttung oder Blödsinn seines Vernunftgebrauchs beraubt war, oder sich in einem vorübergehenden Zustande der Bewußtlosigkeit oder einer gänzlichen Verwirrung der Sinne oder des Verstandes befunden hat, scheint ein ebenso richtiges und einfaches als vorsichtiges Kriterium gewonnen zu seyn. Insbesondere ist hiedurch die Geltendmachung jener angeblichen Formen der Seelenstörung ausgeschlossen, welche in einer dämonischen Fesselung des Willens bei heilen Verstandeskräften bestehen soll, und als amentia occulta und insbesondere als Monomanie immer wieder von neuem auf dem Gebiete der strafrechtlichen Zurechnung sich vorzudrängen suchen, wie dieß aus der neuesten lehrreichen Abhandlung Mittermaiers (in Goltdammers Archiv f. preuß. Strafrecht, I. S. 292) ersehen werden mag. — Andererseits wird der Mißbrauch, welcher mit dem Worte „Vernunftgebrauch" möglicherweise getrieben werden könnte, dadurch beseitigt, daß als die Quelle des mangelnden Vernunftgebrauchs Geistes-

zerrüttung oder Blödsinn, als völliger Mangel der höheren Geisteskräfte, bezeichnet sind.

Nur der Vorbehalt der gesetzlichen Strafe, welchen der zweite Satz des Art. 56 (nach Art. 40 des bayer. StGB.) für den Fall macht, daß der Thäter das Verbrechen bei noch bestandener Zurechnungsfähigkeit beschlossen, und sich sodann, um dasselbe auszuführen, absichtlich durch Trunk oder andere Mittel in den Zustand der Bewußtlosigkeit oder Sinnesverwirrung versetzt hat, wäre wegzuwünschen. Die schlagende Bemerkung Savigny's (Beseler Commentar S. 181, not.), wie jene Unterstellung auf einem offenen Widerspruch beruht, da derjenige, welcher völlig das Bewußtseyn verloren hat und also völlig unzurechnungsfähig ist, auch nicht mehr die früher beabsichtigte Handlung in Folge des früheren Entschlusses vollziehen könne, — hat in den Motiven zum Entwurfe keine Entgegnung gefunden. — Den Taubstummen ist ein eigner Art. 58 gewidmet: sie sind nur dann zurechnungsunfähig, wenn ihnen die zur Unterscheidung der Strafbarkeit ihrer Handlung erforderliche Ausbildung gänzlich mangelt.

Den beiden Entwürfen steht das preuß. StGB. insoferne gegenüber, als dasselbe ausschließlich zwei Formen der Seelenstörung als solche aufstellt, welche das Verbrechen aufzuheben geeignet sind, den Wahnsinn und den Blödsinn (§. 40.)

Es ist bereits mit Recht bemerkt worden, daß dieser Satz zu viel und zu wenig enthält (Beseler a. a. O. S. 176).

Soll damit dem urtheilenden Richter eine feste Bestimmung darüber gegeben werden, auf welche thatsächliche Voraussetzungen hin er die Unzurechnungsfähigkeit anzunehmen habe, so liegt das Unzureichende des Satzes auf platter Hand. Denn Wahnsinn und Blödsinn sind nach dem ausgeprägten Sprachgebrauch der gerichtlichen Psychologie nur einzelne Arten der Seelenstörung. Es ist ferner schwer abzusehen, wie sich der Richter zu winden hätte, um auf Grund dieser Bestimmung die Annahme der Unzurechnungsfähigkeit eines Taubstummen zu motiviren, der weder blödsinnig noch wahnsinnig ist, dem aber die zur Unterscheidung der Strafbarkeit seiner Handlung erforderliche Ausbildung gänzlich mangelt.

Geht man dagegen davon aus, daß dem Richter sowie das Urtheil über die Schuld so auch das über die Voraussetzung jeder Schuld, die Zurechnungsfähigkeit, zustehen müsse, und daß seinem

freien Ermessen auch in der letzteren Beziehung nicht durch positive Bestimmungen vorgegriffen werden dürfe, so ist nicht einzusehen, warum gerade hinsichtlich der Blödsinnigen und Wahnsinnigen eine specielle Bestimmung erforderlich war. Zwar hat man eine Rechtfertigung des Satzes durch die Unterstellung versucht, daß damit nicht dem erkennenden Richter Verhaltungsbefehle gegeben, sondern daß zu Nutz und Frommen des Untersuchungsrichters und des Verweisungssenats die Fälle bezeichnet werden sollen, in welchen die Nichtexistenz eines Verbrechens oder Vergehens so klar vorliegt, daß die Verfolgung gar nicht eintreten soll oder vor der Hauptverhandlung einzustellen ist (Goltdammer's Materialien z. Strafgesetzbuch, Th. I S. 355). Allein abgesehen von der Unzulässigkeit einer solchen verschiedenen Beziehung der Bestimmungen des Strafgesetzbuchs, so befindet sich der Untersuchungsrichter und der Verweisungssenat insoferne in einer ganz analogen Lage mit dem urtheilenden Gericht, als dieselben hinsichtlich der von ihnen ausgehenden Maßnahmen und Beschlüsse ebenfalls auf ihre freie Ueberzeugung hingewiesen sind.

b. Jugend.

Ueber den Einfluß des jugendlichen Alters auf die Zurechnungsfähigkeit hatte sich in der der neuesten Gesetzgebung vorausgehenden Rechtsentwicklung ein dreifaches System ausgebildet.

1. Das gemeine Recht hat eine doppelte Altersgränze aufgestellt. Bis zur Gränze der Infantia ist absolute Strafunmündigkeit vorhanden und somit die strafgerichtliche Verfolgung schlechthin ausgeschlossen. Von dem Ende der Infantia bis zur Pubertät findet nur eine relative Strafunmündigkeit statt, und es ist Sache der individuellen Prüfung, ob der jugendliche Frevler mit oder ohne Unterscheidung von Recht und Unrecht gehandelt hat. Eben darum unterliegt er in diesem Altersstadium einer Untersuchung und kann auch vor das urtheilende Gericht gestellt werden, weil die Beurtheilung seiner Unterscheidungsfähigkeit unter anderem auch durch die genauere Erhebung und Feststellung aller Umstände der That bedingt ist.

Dieß System ist im wesentlichen unverändert in das bayerische Strafgesetzbuch (Art. 98, 99, 120 lit. a) und von da in mehrere neuere Strafgesetzbücher übergegangen (württemb. StGB. Art. 95,

96; großh. hess. StGB. Art. 37, 114—117; badisches StGB. Art. 78), nur daß die Gränzlinien der absoluten und relativen Strafunmündigkeit weiter erstreckt wurden, und zwar die der ersteren bis zum 8ten oder 10ten, ja bis zum 12ten Jahre, die der zweiten durchgängig bis zum 16ten Lebensjahre.

2. Andere von unseren neueren Strafgesetzgebungen sind hievon principiell abgewichen, indem sie nur eine einzige Altersgränze aufstellen, jenseits deren die Zurechnung schlechthin ausgeschlossen ist, während sie diesseits derselben eben so absolut angenommen wird, und nur eine Strafmilderung begründet ist. Meist werden Kinder unter 12 Jahren für schlechthin strafunmündig erklärt, darüber hinaus sollen sie für zurechnungsfähig erachtet, aber bis zu dem 16ten oder 18ten Lebensjahre einer milderen Bestrafung unterworfen werden (sächs. Cr.GB. Art. 66, 67; hannov. StGB. Art. 83, 99; thüring. StGB. Art. 61, 58). Eine von jenen Gesetzgebungen (braunschw. StGB. Art. 30, 60) erstreckt die erstere Gränze bis zum 14ten Lebensjahre und läßt den strafmildernden Einfluß der Jugend bis zum 21sten Lebensjahre fortdauern.

3. Während die zuletzt erwähnten Gesetzbücher gar keine relative Strafmündigkeit statuiren, sondern nur die Alternative absoluter Strafunmündigkeit oder absoluter Strafmündigkeit aufstellen, wird in umgekehrter Weise von dem Cod. pen. (Art. 66, 67) lediglich eine Gränze der relativen Strafunmündigkeit festgesetzt. Hat der Beschuldigte das 16te Lebensjahr noch nicht vollendet, so soll es darauf ankommen, ob festgestellt wird, daß er mit oder daß er ohne Unterscheidungsvermögen gehandelt habe, — so daß dem Buchstaben des C. p. zufolge auch Kinder im zarten Alter auf die Bank der Angeklagten kommen könnten.[1])

In den uns vorliegenden Gesetzeswerken finden sich alle drei Systeme.

Das preuß. GB. (§. 42) hat das französische Princip adoptirt, der sächs. Entw. folgt dem Criminalgesetzbuche, und der

---

[1]) „Le code ne fixe aucun âge au-dessous du quel il soit interdit de traduire les enfans en justice. La loi s'en est rapportée à l'appréciation des magistrats sur l'opportunité des poursuites.“ Cod. annot. par *Teulet* etc. zu Art. 66.

bayer. Entw. (Art. 57, alt 67) hält das gemeinrechtliche System fest mit Erstreckung der absoluten Strafunmündigkeitsgränze bis zum 12ten Lebensjahre.

Hier möge zuvörderst bemerkt seyn, daß bei der Fassung des Art. 57 des bayer. Entw. eine wohlbegründete Bemerkung des Ausschußreferenten (S. 370 des Referats) nicht beachtet scheint. Es ist ganz in der Ordnung, wenn der Art. 57 erklärt, daß gegen Kinder, welche zur Zeit der Begehung der That das 12te Lebensjahr noch nicht zurückgelegt haben, eine gerichtliche Verfolgung und Bestrafung wegen Verbrechen und Vergehen nicht stattfinden soll. Es ist aber ungenau, wenn der Abs. 2 des bezeichneten Artikels fortfährt: „Das nämliche gilt von Personen, welche zwar das 12te aber noch nicht das 16te Jahr zurückgelegt haben, wenn ihnen die zur Unterscheidung der Strafbarkeit ihrer Handlung erforderliche Ausbildung noch gänzlich fehlt." Denn gegen die zuletzt genannten Personen ist eine Untersuchung allerdings zulässig, ja nothwendig, weil die Würdigung der Umstände der That unentbehrlich ist, um festzustellen ob sie die zur Erkenntniß der Strafbarkeit ihrer Handlung erforderliche Reife und Unterscheidungskraft besessen haben oder nicht. — Dasselbe gilt von der Fassung des Art. 58. Auch dem Taubstummen gegenüber muß erst die gerichtliche Untersuchung herausstellen, ob derselbe jenen Grad von Ausbildung, durch welchen die Annahme der Zurechnungsfähigkeit bedingt ist, besessen habe oder nicht. Es wäre demgemäß der Abs. 2 des Art. 57 etwa so zu ändern: „Personen, welche zwar das zwölfte, aber noch nicht das sechszehnte Jahr zurückgelegt haben, sind nur dann straflos, wenn ihnen die zur Unterscheidung der Strafbarkeit erforderliche Ausbildung noch gänzlich fehlt." Und der Art. 58 müßte sich etwa in folgender Fassung anreihen: „Die Bestimmung des Art. 57 Abs. 2 kömmt auch hinsichtlich der Taubstummen zur Anwendung."

Hievon abgesehen, so scheint das System des bayer. Entwurfs am meisten dem zu entsprechen, was Gerechtigkeit und Humanität fordern. Daß Knaben und Mädchen unter zwölf Jahren einer öffentlichen Strafe unterworfen werden, ist wenigstens in der neuern deutschen Praxis unerhört, nicht minder einleuchtend sind aber die Gründe, welche die Verschonung solcher Personen mit einer förmlichen Untersuchung und mit dem Anklagestande räthlich

machen. Anderseits läßt sich nicht läugnen, daß jugendliche Frevler zwischen dem 12ten und 16ten Lebensjahre, wenn es ihnen auch an der zur Unterscheidung von Recht und Unrecht erforderlichen Anleitung (vgl. sächs. Entw. Art. 83 lit. b) nicht gemangelt hat, gleichwohl manchmal jenes Grades von Urtheilsfähigkeit entbehren, welche die Zurechnung nach dieser Seite hin bedingt. Hier muß also das Gesetz die Möglichkeit der Annahme der Strafunmündigkeit offen lassen.

c. Irrthum.

Wer in Unkenntniß eines Thatumstandes gehandelt hat, durch den die Strafbarkeit der That überhaupt oder die erhöhte Strafbarkeit derselben bedingt ist, ist straflos oder doch nur in einem minderen Grade strafbar: dieser Satz fließt einfach aus einer richtigen Auffassung des verbrecherischen Vorsatzes, er hat insoferne nur einen doctrinellen, keinen legislativen Gehalt. Sollen solche Wahrheiten gleichwohl in ein Strafgesetzbuch aufgenommen werden, so ist ihnen eine möglichst knappe und einfache Fassung zu wünschen. Diese glauben wir in dem neuen bayerischen Entwurfe zu finden: „Wenn jemand bei seiner Handlung einen Thatumstand nicht kannte, durch dessen Daseyn die Strafbarkeit derselben bedingt ist, so ist er straflos" (Art. 59). Diese Worte sagen genau so viel als die weitläufigere Fassung des preuß. StGB. §. 44 „wenn die Strafbarkeit einer Handlung abhängig ist entweder von besondern Eigenschaften in der Person des Thäters oder desjenigen, auf welchen sich die That bezog, oder von den besondern Umständen, unter welchen die Handlung begangen wurde, so ist eine solche Handlung demjenigen als Verbrechen oder Vergehen nicht zuzurechnen, welchem jene Verhältnisse oder Umstände zur Zeit der That unbekannt waren" — und vermeiden den in einem Gesetzbuche ungehörigen Ausdruck einer „an sich strafbaren" oder „einer an sich erlaubten Handlung", welchen der ä. bayer. Entw. Art. 68 und der sächs. Entw. Art. 91 aufgenommen haben.

Seit dem bayerischen Strafgesetzbuch haben alle neuern Gesetzgebungen und so auch die uns vorliegenden Entwürfe eine ausdrückliche Verwahrung gegen die Berücksichtigung der Unkenntniß des Strafgesetzes, wie auch des Rechtswahns und des vermeintlichen löblichen Beweggrunds aufgenommen. In den beiden letz-

teren Beziehungen sind jene Vorgänge auf dem Gebiete der deutschen Strafrechtspflege noch in gutem Andenken, welche die Nützlichkeit, um nicht zu sagen die Nothwendigkeit solcher ausdrücklichen Bestimmungen darthun. Oder wer möchte behaupten, daß jene Verwirrung aller sittlichen und rechtlichen Begriffe, wie sie z. B. in der Beurtheilung des Karl Sand'schen Falls nicht bloß bei einem Theile des nichtjuristischen Publicums hervorgetreten ist, für alle Zeit abgethan sey und in dem Kreislauf menschlicher Irrthümer nie wiederkehren könne?

Indessen hat das preußische StGB. selbst die Erwähnung der Unkenntniß des Strafgesetzes umgangen, hauptsächlich deßhalb, weil die Nichtberücksichtigung desselben schon gemeinen Rechtens sey (Goltdammer a. a. O. S. 434). In der That würde aber das StGB. bedeutend zusammenschmelzen, wenn mit strenger Consequenz alles was schon im gemeinen Rechte wohlbegründet ist, daraus entfernt gehalten werden soll.

Schließlich ist noch einer bedenklichen Neuerung des sächs. Entw. zu gedenken. Hier wird unterschieden ein Rechtsirrthum, welcher in der Unbekanntschaft mit dem Strafgesetze besteht, und ein Rechtsirrthum, welcher sich nicht auf das Strafgesetz, sondern auf andere bei der Handlung in Betracht kommende Rechtsgrundsätze bezieht. Der erstere soll nicht entschuldigen. Der zweite soll die Zurechnung, d. h. die Strafbarkeit mindern (Art. 94).

Hier scheinen ganz verschiedene Fälle über einen Leisten geschlagen, und noch dazu über einen solchen, welcher auf keinen einzelnen derselben genau passen dürfte.

Der Einfluß des „Rechtsirrthums, welcher sich nicht auf das Strafgesetz, sondern auf andre bei der Handlung in Betracht kommende Rechtsgrundsätze bezieht," wird ganz und gar von der Bedeutung des Umstandes abhängen, auf welchen er sich bezieht.

Ist dieser Umstand von der Art, daß er als wesentliche Voraussetzung der Strafbarkeit oder des Strafgrades erscheint, so wird durch den Mangel des Bewußtseyns über denselben die Zurechnung zum Dolus sebstverständlich ausgeschlossen seyn, oder die Strafbarkeit wird herabgesetzt, und hiebei kann weiter nichts darauf ankommen, ob jener Mangel in der Ignoranz des reinen Factum oder in einer irrigen juristischen Auffassung des letzteren wurzelt. Wenn zum subjectiven Thatbestand des Diebstahls das Bewußtseyn gehört,

daß die Sache eine fremde sey, so cessirt die Verschuldung, wenn der Thäter die fremde Sache für seine eigene gehalten, und in diesem Bewußtseyn weggenommen hat; ob er dabei die Sache körperlich verwechselt oder ob er die fremde Sache aus einem Rechtsirrthum für seine eigene gehalten hat, kann keinen Unterschied begründen; in beiden Fällen mangelt das Bewußtseyn der Strafbarkeit des Thuns. Ist das Verbrechen der Bigamie durch das Bewußtseyn bedingt, daß man noch in einer gültigen Ehe stehe, so ist dasselbe ausgeschlossen, es mag nun der Beschuldigte die frühere Ehe darum für aufgelöst gehalten haben, weil er irrigerweise seinen Gatten für verstorben hielt, oder aus dem Grunde, weil er die frühere Ehe für ungültig ansah. — Ob diese Unwissenheit eine strafbare Fahrlässigkeit zu begründen vermöge, wird von der Behandlung der Fahrlässigkeit im System abhängen.

Ist dagegen jener Umstand für die Strafbarkeit der Handlung gleichgültig, so ist nicht abzusehen, warum die Ignoranz desselben einen größeren Einfluß auf die Strafbarkeit haben soll, wenn sie auf einer unrichtigen juristischen Subsumtion beruht, als wenn sie eine rein thatsächliche ist.

Summa: entweder wird durch jenen Rechtsirrthum der verbrecherische Vorsatz aufgehoben, und es kann höchstens unter Umständen eine Zurechnung zur Fahrlässigkeit eintreten; oder derselbe ermangelt alles und jeden Einflusses, woraus von selbst folgt, daß es unzulässig ist, einen Strafminderungsgrund daraus zu machen.

d. Befehl.

Das bayerische Strafgesetzbuch v. J. 1813 hat zuerst in Nachbildung des Cod. pén. Art. 114 Nro. 2 und Art. 190 die Bedingungen genauer formulirt, unter welchen der Befehl des Vorgesetzten den Dienstesuntergebenen, welche in der Vollziehung desselben eine strafgesetzwidrige Handlung verüben, entschuldigt, und diese Bestimmung ist fast unverändert in das hannover'sche (Art. 85) und hessische (Art. 40) Strafgesetzbuch übergegangen. Auch der preußische Entw. v. J. 1843 hat denselben Gedanken nur in eine neue Fassung gebracht, und die Entschuldigung des Untergebenen darauf gestellt, wenn ihm der Vorgesetzte eine Handlung befohlen hat, welche zu befehlen derselbe an sich befugt

war. Die Revision hat aber den ganzen Satz beseitigt, weil alles, was an demselben richtig und wahr sey, sich ebenso von selbst verstehe als die Straflosigkeit des hinrichtenden Scharfrichters, und weil eben dieß die zweifelhafte Frage sey, zu welchem Befehle der Vorgesetzte an sich befugt gewesen sey (Beseler a. a. O. S. 183). Der bayerische Entw. (alt Art. 70; neu, in veränderter Fassung, Art. 61) hat die Bestimmung wieder aufgenommen und möglichst scharf zu präcisiren gesucht. Indem hier bestimmt wird, daß der vollziehende Dienstesuntergebene dann nicht verantwortlich seyn soll, wenn ihm ein öffentlicher Beamte (a) innerhalb seines Geschäftskreises und (b) in der gehörigen Form eine Handlung befohlen hat, welche (c) nicht ein gemeines Verbrechen enthält, so sind damit eben so einfache als ausreichende Kriterien gegeben, womit eben deßhalb zugleich die ganze Aufstellung als eine inhaltvolle gerechtfertigt seyn möchte. Jedenfalls scheint diese Fassung der des sächs. Entw. Art. 90 (das sächs. Crim.-Ges.-B. hatte keinen Satz darüber) vorzuziehen. Wenn hiernach der Befehl des Vorgesetzten eine gesetzwidrige Handlung dann entschuldigen soll, wenn der Vorgesetzte „an und für sich durch sein Amt zu der Anordnung dieser Handlung berechtigt war, und die Gesetzwidrigkeit seines Befehls nicht sofort in das Auge fiel" —, so entsteht nicht nur die zweifelhafte Frage (vgl. Groß a. a. O. S. 42), wozu denn ein Amtsvorgesetzter als „an und für sich" durch sein Amt berechtigt angesehen werden kann, sondern es wird durch das zuletzt aufgestellte Kriterium der Untergebene zu einer bedenklichen Prüfung der Befehle seines Vorgesetzten nicht nur veranlaßt, sondern beinahe genöthigt. — Es ist denkbar, daß dem Gerichtsdiener die Gesetzwidrigkeit z. B. eines von dem competenten Untersuchungsrichter ausgestellten Verhaftbefehls sofort in das Auge springe; wenn er denselben gleichwohl vollzieht, soll er nunmehr strafbar seyn? oder ist er nicht vielmehr strafbar, wenn er ihn unvollzogen läßt?

e. Zwang und Drohung.

Das preuß. StGB. §. 40 sagt einfach im Anklang an den Cod. pén. Art. 64, daß ein Verbrechen oder Vergehen dann nicht vorhanden seyn soll, wenn die freie Willensbestimmung des Thäters durch Gewalt oder durch Drohung ausgeschlossen war;

es überläßt also die Würdigung der Frage, welche Gewalt und welche Drohung die Willensfreiheit ausschließen soll, der Beurtheilung des Richters. Die beiden Entwürfe geben dagegen jene genauere Bestimmung wieder, welche seit dem bayer. StGB., Art. 121 Nro. 7 und 8, in alle neueren Strafgesetzbücher übergegangen [1]) sind. Der sächs. C. (Art. 88) stellt hiebei die Bedrohung der Angehörigen der eigenen gleich. Der bayer. Entw. (Art. 62) hat diesen unbestimmten Begriff vermeiden und jene Gleichstellung auf die Descendenten und Ascendenten, Geschwister und Ehegatten beschränken zu müssen geglaubt.

f. Der Nothstand.

Eine besondere Bestimmung über den Nothstand und dessen Einfluß auf die Zurechnung hatte aus der neueren Doctrin zuerst der bayerische Entwurf v. J. 1822 Art. 85 und nach ihm alle neueren Strafgesetzbücher aufgenommen. Auch in den beiden uns vorliegenden Entwürfen wird der Nothstand oder die ächte Noth wieder besonders erwähnt und dem Zwange gleichgestellt, während das preuß. StGB. den Satz der früheren Entwürfe wegen der geringen praktischen Bedeutung desselben aufgegeben hat. Muß aber auch diese letztere zugestanden werden, so werden doch die Richter vorkommenden Falls sich gerne auf eine ausdrückliche gesetzliche Norm stützen, und so mögen jene Artikel der Entwürfe immerhin ihren Platz behaupten. — Der fremde Nothstand be-

[1]) Mit Unrecht wird in den schätzbaren Beiträgen zur vergleichenden Crim.-Ges.-Geb. von Dr. Trummer (Archiv des Crim.-R. N. F. Jahrg. 1853 S. 123) der bayerische Entw. v. J. 1822 im Art. 73 als Quelle jener Aufstellung bezeichnet. — Es mag aus diesem Anlasse die allgemeine Bemerkung gestattet seyn, daß das bayerische Strafgesetzbuch, welches von jeher von Seite solcher, welche dasselbe nicht in seinem Systeme erfaßt hatten, vielfachen und groben Mißverständnissen ausgesetzt war, in neuester Zeit in manchen Arbeiten vergleichender Jurisprudenz völlig ignorirt werden will. Und doch ist es in der That die Hauptquelle, aus welcher alle neueren Gesetzbücher bis auf das preußische v. J. 1851 vorzugsweise geschöpft haben! Es ist daher unter andern auch ein unwissenschaftliches Verfahren, wenn man die Reihe der neueren Criminalgesetzbücher mit dem sächs. oder würtemb. Criminal-Gesetzbuche beginnen läßt, und das neuere Strafgesetzbuch par excellence als nicht vorhanden ansieht.

rechtigt in derselben Beschränkung zur Begehung einer Rechtsverletzung wie der Zwang oder die Drohung. Hieraus folgt von selbst, daß die Entwürfe den Fall der s. g. Perforation nicht aus dem Gesichtspunkte des Nothstandes gerechtfertigt wissen wollen, und gewiß mit Recht. Die Straflosigkeit der geburtsärztlichen Perforation bedarf zu ihrer Begründung der Berufung auf einen Nothstand der Mutter ebensowenig als die Amputation eines kranken Glieds durch den Arzt einer derartigen Rechtfertigung bedürftig ist.

g. Die Nothwehr.

Das Interesse der legislativen Behandlung der Nothwehr dreht sich um drei Fragen.

1. Soll das Recht der Nothwehr schlechthin mit dem rechtswidrigen Angriff gegeben, oder noch außerdem durch die Unmöglichkeit bedingt seyn, dem Angriffe auszuweichen oder ihn auf andre Weise abzuwenden?

2. Ist die Nothwehr auch gegen Angriffe auf Hab und Gut gerechtfertigt?

3. Endlich wie sollen die im Exceß der Nothwehr verübten Rechtsverletzungen behandelt werden?

Zu 1. Die neuere Gesetzgebung, auch hier in den Fesseln des bayer. StGB. v. J. 1813, konnte sich mehrentheils von einer gewissen ängstlichen Beschränkung des Nothwehrrechts nicht losmachen. Indem sie, wie auch noch der bayer. Entw. v. J. 1851 Art. 73, die Gränzen der Nothwehr für überschritten erklärt, wenn dem Angegriffenen andre Mittel zu Gebote standen, durch welche er auf eine für sich und andre ungefährliche und zugleich für den Angreifer unschädliche Weise die Absicht des letztern zu vereiteln vermocht hätte, muthet sie dem Angegriffenen zu, um des lieben Friedens willen vor allen Dingen sein Heil in der Flucht zu suchen oder sich nach obrigkeitlicher Hülfe umzusehen, und erst wenn beides unthunlich oder erfolglos war, räumt sie ihm das Recht ein sich selbst zu helfen. Es ist ein erfreulicher Fortschritt, wenn das preuß. StGB. §. 41 und nach ihm der sächs. und der neueste bayer. Entwurf die Nothwehr in ihr volles Recht wieder einsetzen, und durch Beseitigung jener Bedingung den einfachen und gewissermaßen männlichen Satz wiederherstellen, daß jeder

rechtswidrig Angegriffene eben dadurch zu seiner Vertheidigung ermächtigt sey. Nichts kann unbilliger seyn, als dem unrechtmäßig Angegriffenen noch die Verbindlichkeit zu einer besondern Sorgfalt und Thätigkeit zu Gunsten und im Interesse des Angreifers aufzuerlegen.

Zu 2. Das bayerische Strafgesetzbuch hat die Nothwehr gegen die Angriffe auf Hab und Gut an keine besondern Beschränkungen geknüpft. Es gestattet die Nothwehr gegen rechtswidrige Gewaltthaten und verbrecherische Angriffe auf Personen oder Güter (Art. 125), und zwar genauer (Art. 129) gegen den auf der That ertappten Dieb, gegen verbrecherische Gewaltthaten, die auf Beschädigung oder Vernichtung liegenden oder beweglichen Eigenthums gerichtet sind, sowie gegen diejenigen, welche in eines andern unbewegliches Besitzthum gewaltthätig einzufallen, einzubrechen, oder sonst auf unerlaubte Weise einzudringen suchen. — Es war kein legislativer Fortschritt, wenn die meisten neueren Gesetzbücher der Nothwehr zum Schutze von Besitz und Eigenthum in verschiedener Weise engere Schranken gezogen haben. Bald soll es darauf ankommen, ob nach allen dem Angegriffenen bekannten Umständen Schadensersatz zu erwarten war (württemb. StGB. Art. 103), — als ob man dem Angegriffenen billiger Weise eine gründliche Abwägung jener Wahrscheinlichkeit zumuthen könnte, oder als ob in allen Fällen dem Verletzten mit einem Schadensersatze statt der Sache gedient wäre! Bald verlangte man, daß das angewandte Vertheidigungsmittel mit dem Werthe, welchen das bedrohte Eigenthum oder Besitzthum für den Angegriffenen hat, in einem angemessenen Verhältnisse stehe (großh. hess. GB. Art. 49): als ob die Verletzung eines Menschen und der Werth einer Sache commensurable Größen wären! Noch andere, wie das bad. StGB. A. 87, 88, und nach ihm der bayer. E. v. 1851 Art. 73 Nro. 3, nehmen einen Exceß der Nothwehr an, wenn der Angriff nur gegen Vermögensgegenstände von geringem Werthe gerichtet war, — als wenn dem Armen an dem Schutze seiner geringen Habe nicht eben so viel gelegen wäre, als dem Wohlhabenden an der Erhaltung seiner werthvolleren Besitzthümer! — Der innere Werth dieser verschiedenen Versuche scheint es hinreichend zu rechtfertigen, wenn der neue bayer. Entw. (Art. 63) von jeder solchen Beschränkung Umgang nimmt und damit das

gemeine Recht wiederherstellt. Auch dem preuß. StGB. (§. 41) ist eine Einengung der Nothwehr nach dieser Seite unbekannt, da die „Vertheidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich selbst oder von andern abzuwenden," keine Beschränkung in Beziehung auf das bedrohte Recht enthalten soll, es mag dasselbe die Person oder das Vermögen betreffen (Beseler a. a. O. S. 188). — Dagegen hat der sächs. Entw. (Art. 87) in der That die Nothwehr gegen Angriffe auf Besitz und Eigenthum als solche gänzlich ausgeschlossen, indem nur derjenige nothwehrberechtigt seyn soll, „welcher sich oder seine Angehörigen von einem widerrechtlichen Angriffe auf die Person thatsächlich bedroht sieht." Die Verletzung des entlaufenden Diebs oder Räubers ist demnach durch Nothwehr nicht entschuldigt. — Ob durch den Beisatz, daß auch der bei der Ausübung erlaubter Selbsthilfe an seiner Person Bedrohte zur Vertheidigung ermächtigt seyn soll, wie die Motive (S. 159) annehmen, die alte schwierige Streitfrage, ob Nothwehr auch zum Schutze gegen Vermögensbeeinträchtigungen erlaubt sey, in befriedigender Weise ihre Beantwortung finde, möchte zu bezweifeln seyn. Der Entwurf hat eben ganz einfach die Nothwehr gegen derartige Beeinträchtigungen als solche abgeschnitten, und läßt sie nur dann zu, wenn der Angriff auf Besitz oder Eigenthum mit einem Angriffe auf die Person verbunden ist oder in einen solchen übergeht.

Zu 3. Eine casuistische Definition des Excesses der Nothwehr, wie sie das bayer. StGB. und nach ihm andre neuere Gesetzbücher zu geben versuchten (Art. 128), haben die uns vorliegenden Arbeiten für entbehrlich erachtet. In der That liegt in den Schlußworten des Art. 63 Abs. 1 des neuen bayer. Entw.: „... ist straflos, insoferne er hiebei die Gränzen der Vertheidigung nicht schuldhaft überschritten hat," genau ebensoviel als in dem Satze des A. 73 Nro. 2 des früheren Entw.: „wenn die gewaltsame Privatvertheidigung in größerem Umfange oder auf gefährlichere Weise ausgeübt wurde als unter den vorhandenen Umständen zur Abwendung der Gefahr nothwendig war."

In der Behandlung jener Rechtsverletzungen, welche als Exceß der Nothwehr erscheinen, hat die neuere und neueste Gesetzgebung verschiedene Wege eingeschlagen.

a. Es wird auf den vorausgegangenen Angriff keine weitere

Rücksicht genommen, d. h. die den Exceß der Nothwehr bildenden Rechtsverletzungen werden nach den allgemeinen Grundsätzen bestraft (hannov. StGB. Art. 79 vgl. mit Art. 231).

b. Der rechtswidrige Angriff kömmt lediglich als mildernder Umstand theils absolut, theils nach richterlichem Ermessen in Betracht (württ. StGB. Art. 103 vgl. Art. 244, 265; sächs. Crim. GB. Art. 71, Entw. Art. 94; großh. hessisches StGB. Art. 52, hier jedoch mit besonderen Vorbehalten).

c. Es wird der durch den Angriff erzeugten Furcht, Bestürzung u. s. w. die Wirkung der Strafaufhebung beigelegt, ohne daß daneben für die anderen Fälle von einer Strafmilderung die Rede ist (bayer. StGB. Art. 130; preuß. StGB. Art. 41).

d. Endlich finden wir beides — die strafaufhebende und die strafmildernde Berücksichtigung — neben einander in der braunschweigischen (Art. 167), badischen (Art. 91, 92), thüringischen (Art. 67) Gesetzgebung, und jetzt wieder in den bayerischen Entwürfen (Art. 74, 75, neu 64 und 65).

Der Vorzug der Billigkeit und zugleich der Consequenz scheint dem zuletzt vorgeführten Systeme zu gebühren. — Zwischen solchen Rechtsverletzungen, welche sich als Uebermaß einer durch einen rechtswidrigen Angriff provocirten Vertheidigung darstellen, und jenen andern, welche gleichsam angriffsweise verübt wurden, besteht eben darum immerhin ein erheblicher Unterschied, und eine gerechte, alle Momente der That erwägende Würdigung des Falls wird somit nicht umhin können, dem vorausgegangenen Angriffe einen Einfluß auf die Strafzumessung einzuräumen. Dieser Einfluß wird sich aber in einer doppelten Richtung geltend zu machen haben. Einmal so: Wenn nach Lage der Sache etwa schon ohnehin eine Strafmilderung begründet ist, so muß diese zur Aufhebung der Strafbarkeit gesteigert werden. Dieß ist dann der Fall, wenn der Angegriffene aus Ueberraschung, Furcht, Schrecken oder überhaupt im Zustande gestörter Besonnenheit jene Ueberschreitung begangen hat. Ein solcher Gemüthszustand motivirt schon an und für sich eine Strafmilderung; kömmt hinzu, daß ein rechtswidriger Angriff vorausgegangen ist, so wird die Strafmilderung zur Strafaufhebung potenzirt. — Wenn aber auch der Angegriffene nicht in jenem Zustande der Bestürzung und der Furcht gehandelt hat, so wird doch der rechtswidrige Angriff für sich allein schon nach

Umständen die Strafbarkeit herabsetzen müssen. Nach Umständen, aber keineswegs in allen Fällen, da dem Excesse der Nothwehr recht wohl ein kaltblütiger feindseliger Vorsatz zu Grund liegen kann. Es ist daher eine wesentliche Verbesserung des bayer. Entw. v. J. 1851 Art. 75, welcher einen absoluten Strafmilderungsgrund daraus macht, wenn der neue Entw. einfach den Richter ermächtigt, mit genauer Erwägung aller obwaltenden Umstände und persönlichen Verhältnisse unter die gesetzliche Strafe herabzugehen.

b. Verjährung.

1. Verjährung der gerichtlichen Verfolgung.

Die neuere Gesetzgebung weicht in einem Punkte durchgehends vom gemeinen Rechte ab. Das letztere kennt für alle crimina judiciorum publicorum mit einigen hier nicht zu erwähnenden Ausnahmen nur eine einzige Verjährungszeit, die von 20 Jahren. Die gemeinrechtliche Verjährung der Strafverfolgung beruht daher auf dem einfachen und bei allen Verbrechen ohne Rücksicht auf ihre größere oder geringere Schwere gleichmäßig wirkenden Gedanken, daß nach Ablauf einer gewissen Zeit die Beweise der Schuld wie der Nichtschuld verdunkelt oder erloschen sind, daß also eine in allzu später Zeit eingeleitete Strafverfolgung einerseits geringen Erfolg verspricht, während andererseits um so sicherer die Vertheidigung durch dieselbe gefährdet wird.

Muß nun aber auch dieser letztere Gesichtspunkt als der vornehmste in der ganzen Lehre anerkannt werden, so ist doch damit die secundäre Berechtigung anderer Rücksichten nicht ausgeschlossen. Dahin gehört zuvörderst die Erwägung, daß es im Interesse der Gerechtigkeit und des gemeinen Wesens liegt, bei schweren Verbrechen die Möglichkeit der Strafverfolgung länger offen zu halten als bei den leichteren, und insoferne ist die neuere Gesetzgebung in ihrem Rechte, wenn sie ohne Ausnahme, wenn auch mit Abweichungen im Detail, je nach der Schwere der Verbrechen Abstufungen in den Verjährungsfristen aufstellt (preuß. StGB. §. 45 f., sächs. Entw. Art. 106, bayer. Entw. 81, neu 71 f). Die Consequenz dieses Gesichtspunkts wird aber von der sächs. Gesetzgebung (Crim.-GB. Art. 80, und mit Beschränkungen Entw. Art. 106) auf Kosten des Princips überspannt, wenn dieselbe die

Verjährung bei solchen Verbrechen völlig ausschließt, welche mit Todes- oder mit lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedroht sind.

Weiter läßt sich nun aber auch noch einem dritten Gesichtspunkte eine relative Wahrheit nicht absprechen, obgleich derselbe lediglich in der bayerischen Legislation seine Berücksichtigung gefunden hat. Wenn auch das Institut der Verjährung in der Rücksicht auf das öffentliche Interesse wurzelt, so liegt doch darin zugleich eine Wohlthat für den Verbrecher, und insoferne ist es gerechtfertigt, wenn der Verübung neuer Verbrechen oder Vergehen die Wirkung einer Unterbrechung der Verjährung beigelegt wird. In dieser Weise hat der bayer. Entw. a. a. O. das Strafgesetzbuch (Art. 139) ermäßigt, als welches eine ununterbrochene gute Aufführung des Verbrechers während des ganzen Laufes der Verjährungszeit zur Bedingung der Verjährung gemacht hat. — Dagegen hat sich der Entwurf darin wieder auf die Seite der der bayerischen nachfolgenden Gesetzgebung gestellt, daß die Verjährung auch dann eintreten soll, wenn gleich durch besondere sträfliche Verheimlichung von Seite des Verbrechers die That selbst oder der Thäter dem Gericht unbekannt geblieben ist (Anm. z. bayer. StGB. I. S. 326). Das preuß. StGB. §. 47 Abs. 2 hat den Fall ausgenommen, wenn sich der Beschuldigte der gegen ihn eingeleiteten Untersuchung durch die Flucht entzogen hat. Es ist anzunehmen, daß auch der Vorbehalt der in besondern Gesetzen enthaltenen Vorschriften durch Art. 70 des bayer. Entw. vornehmlich die processualen Bestimmungen des Ungehorsamsverfahrens im Auge habe.

2. Für die Verjährung der rechtskräftig zuerkannten Strafe, — welche dem gemeinen Rechte fremd ist und jetzt wieder vom preuß. StGB. §. 49 ausdrücklich ausgeschlossen wird, während sie in die Entwürfe aus der französischen und neuern deutschen Gesetzgebung ihren Weg gefunden hat, — liegt allerdings kein so einleuchtender pragmatischer Grund vor wie für die Verjährung der Strafverfolgung. Vielmehr scheint dieselbe durch die Forderung der abstracten Gerechtigkeit, wonach dem Verbrecher dasjenige widerfahren soll, was seine That werth ist (Kant, Rechtslehre S. 199), geradezu ausgeschlossen. Gleichwohl möchte das Institut gerade in dem tieferen Wesen der Strafe seine ausreichende Rechtfertigung finden. Soll durch die Strafe der moralische Schaden,

welchen das Verbrechen hervorgebracht hat, ausgeglichen, soll durch sie die Autorität und Herrschaft des Rechts, welcher das Verbrechen Hohn spricht, für das Bewußtseyn der Bürger wieder hergestellt und als eine siegreiche Macht bethätigt werden, so ist es klar, daß die Wirksamkeit des Strafacts durch die lebendige Erinnerung der Mitlebenden an die strafbare That bedingt ist. Ist diese Erinnerung entschwunden, so ermangelt die Strafe jener Bedeutung und ist in gewissem Sinne zwecklos; der Staat kann ohne Verletzung der Gerechtigkeit der Forderung der Menschlichkeit nachgeben und den Verurtheilten, zwischen dessen That und Ergreifung vielleicht ein langes tadelfreies Leben in Mitte liegt, mit der Strafe verschonen. Wenn gleichwohl die schwersten Verbrechen hievon, jedoch mit der Modification, ausgenommen werden, daß nach Ablauf von 20 Jahren die erkannte Todesstrafe in lebenslängliche Zuchthausstrafe verwandelt wird (bayer. Entw. Art. 77), so kann diese Inconsequenz mit dem Interesse der Gesellschaft entschuldigt werden, welcher die Mittel nicht entzogen werden dürfen, ihre gefährlicheren Feinde auch dann noch unschädlich zu machen, wenn sie erst lange Jahre nach der Verurtheilung in die Hand der Obrigkeit fallen. Hier mag dann eine noch weiter gehende Schonung im einzelnen Falle der Begnadigung überlassen bleiben.

Noch ist zu erwähnen, daß die zur Verjährung der Strafe erforderlichen Fristen im bayer. Entw. Art. 74 viel weiter gesteckt sind als die Zeiträume für die Verjährung der Strafverfolgung, während beide nach dem sächsischen Entw. identisch sind. Man wollte dort das Absurdum vermeiden, welches herauskäme, wenn von zwei zu fünfjähriger Zuchthausstrafe Verurtheilten der eine durch einen fünfjährigen Aufenthalt in Paris gerade so seiner Strafe quitt und ledig würde, als der andre durch einen fünfjährigen Aufenthalt im Zuchthaus. — Warum der sächs. Entw. (Art. 112) die wegen eines auf Antrag zu untersuchenden Verbrechens zuerkannte Strafe binnen einem Jahre verjähren läßt, scheint räthselhaft; ist einmal auf die Strafe erkannt, was soll dann weiter darauf ankommen, ob die Strafverfolgung zu ihrer Anhebung eines Antrags der Betheiligten bedurfte, oder ob sie von Amtswegen eintrat?

i. Unterlassung des Strafantrags.

Das gemeine Recht wie die neuere Gesetzgebung hat bei

einzelnen Rechtsverletzungen die Strafverfolgung von Amtswegen ausgeschlossen und von dem Antrage des Betheiligten abhängig gemacht. Einen allgemeinen Satz darüber hat zuerst der rev. bayer. Entw. v. 1827 (Art. 95) aufgenommen; ausführlicheres und genaueres gibt die neueste Codification, und in dem sächs. Entw. haben sich „die allgemeinen Bestimmungen wegen des zur Bestrafung gewisser Verbrechen erforderlichen Antrags" zu einem eigenen (8ten) Hauptstücke erweitert.

Es kann hier zuvörderst die Frage aufgeworfen werden, ob diese Bestimmungen nicht vielmehr in das Bereich einer Criminalproceßordnung gehören? Ohne Zweifel könnten alle jene Strafaufhebungsgründe, durch welche nicht von Anfang an die Schuld, sondern erst hinterdrein die Strafverfolgung ausgeschlossen wird, namentlich auch die Verjährung ganz füglich im Systeme des Strafverfahrens, bei der Lehre von der Strafverfolgung oder der Eröffnung der Untersuchung, vorgetragen werden. Allein da jene Umstände doch immerhin eine Tilgung der Strafbarkeit des Verbrechens bewirken, so mögen sie mindestens mit demselben Fug ihren Platz in dem Systeme des Strafrechts behaupten, und nur eine Zerstücklung der Lehre, durch ihre theilweise Verweisung in das System des Strafrechts und des Strafprocesses, müßte als unzweckmäßig verworfen werden. (A. M. Abegg, Beiträge zur Begutachtung des Entw. eines StGB. für das Königreich Sachsen, 1853, S. 44 f.)

Soferne nun in einzelnen Fällen die Strafverfolgung abhängig gemacht ist von dem ausdrücklichen Antrage des Betheiligten, so folgt von selbst, daß dem letzteren auch der Verzicht auf die Strafverfolgung freisteht, und dieser Verzicht wird nicht nur ein ausdrücklicher, sondern auch ein stillschweigender seyn können. — Das preuß. StGB. §. 50 und ebenso der bayer. Entw. (Art. 66) nehmen einen stillschweigenden Verzicht an, sobald 3 Monate von da an verflossen sind, wo die That zur Kenntniß des Betheiligten gelangt ist; eine Frist, welche mehr als hinreicht, um den erforderlichen Entschluß reifen zu lassen, und auch mit Rücksicht auf eine erfolgreiche Untersuchungsführung den Vorzug vor dem einjährigen Präclusivtermin des sächs. Rechts (Cr.GB. Art. 77, Entw. 107, woselbst in kaum passender Weise diese Fristbestimmung in die Lehre von der Verjährung hinübergezogen ist) zu verdienen scheint.

Für die Statthaftigkeit der Zurücknahme des einmal gestellten Antrags muß nothwendig eine bestimmte Schranke gezogen werden, „damit nicht die Thätigkeit der einmal in Anspruch genommenen Behörde von der vielleicht wechselnden Laune der Privatpersonen abhängig werde." Das preuß. StGB. (§. 53) schließt die Rücknahme schlechthin aus, sobald einmal die gerichtliche Untersuchung eröffnet ist. Der sächs. Entw. Art. 103 dagegen gestattet dieselbe bis zum Schlusse der Verhandlung, in Ermäßigung des sächs. Crim.GB. (Art. 75), welches die Publication des Urtheils als Gränze aufstellte. In der Mitte steht der bayer. Entw. (Art. 66), indem er die Rücknahme des gestellten Antrags binnen 3 Tagen gestattet — Zeit genug, um die Reue über einen vielleicht in der Aufregung der Leidenschaft begangenen übereilten Schritt zu bethätigen!

Ueber die Stellvertretung bei der Antragstellung anstatt bevormundeter Personen gibt der sächs. Entw. ein sehr eingehendes Detail (Art. 96 f.); das preuß. StGB. stellt in seinem §. 54 einen vollkommen ausreichenden Satz auf, der bayer. Entw. schweigt hierüber ganz und gar. Es ist dieß aber nur eine scheinbare Lücke, soferne bei einzelnen hieher gehörigen Verbrechen ausdrücklich bemerkt ist, daß der Strafantrag von dem Verletzten oder dessen gesetzlichen Vertretern auszugehen habe (vgl. Art. 256, 258). Dieß muß dann von selbst auch für jene Fälle zur Richtschnur dienen, wo nur der Verletzte selbst genannt ist.

Die schwierigste Frage in der Lehre betrifft nun aber die Theilbarkeit des Antrags und des Verzichts.

Diese Frage hat eine doppelte Seite.

Wenn bei einem Verbrechen neben solchen Personen, gegen welche die Strafverfolgung nur auf Antrag des Verletzten zuläßig ist, andre als Theilnehmer oder als Begünstiger concurriren, gegen welche eine Verfolgung von Amtswegen stattfindet, und es liegt hinsichtlich der ersteren oder eines derselben ein Verzicht auf die Strafverfolgung vor, — wirkt dieser Verzicht ipso jure auch für die übrigen Mitschuldigen, oder kann nun gegen die letzteren gleichwohl von Amtswegen verfahren werden?

Ferner: wenn sämmtliche Theilnehmer zu jenen Personen gehören, bezüglich deren ein Strafantrag abzuwarten ist, der Strafantrag hat aber nur gegen den einen, nicht aber gegen den

andern stattgefunden, — soll nun der letztere frei ausgehen, oder soll gegen ihn ebenfalls die Verfolgung eintreten?

Für die Zulässigkeit der Theilung läßt sich zunächst allerdings ein sehr specioses allgemeines Argument aus der Natur des Untersuchungsprincips und aus dem rein persönlichen Charakter des hier in Frage stehenden Rechts, welches auf eine Privatbegnadigung hinausläuft, ableiten (vgl. Goltdammers Materialien S. I. 388 f.). Beruht unser Strafwesen auf dem Grundsatze, daß die Obrigkeit für die Bestrafung jedes Frevels Sorge zu tragen hat, und ist nur ausnahmsweise dem Verletzten das Recht eingeräumt, durch Unterlassung eines Antrags die Strafverfolgung gewissen Personen gegenüber auszuschließen, so darf einem solchen Verzichte eben nur eine streng persönliche Wirkung beigelegt werden, und solche Complicen in deren Person jenes mildernde Verhältniß nicht begründet ist, können aus der Person des andern keinen Vortheil ziehen. Hinsichtlich ihrer muß also die Regel mit voller Energie eintreten, sie sind von Amtswegen zu verfolgen, ohne Rücksicht ob die Verfolgung gegen ihre Mitschuldigen unterbleibt oder nicht. Und eine solche getheilte Verfolgung ist auch im Gebiete des Strafprocesses nichts unerhörtes, da der Tod oder die Flucht des einen Mitschuldigen zu der gleichen Theilung führen kann.

Gleichwohl sind die Gründe für die Untheilbarkeit überwiegend.

Sie sind zunächst allgemeiner Art.

Die Theilung der Strafverfolgung wird häufig nicht nur mit den größten Schwierigkeiten verbunden seyn, indem jene Beweisbehelfe wegfallen, welche durch die Aussagen des mit der Untersuchung zu verschonenden Mitschuldigen gewonnen werden können: die nur theilweise Aburtheilung involvirt auch insoferne die Gefahr eines ungerechten Urtheils, als dem Verfolgten durch die Theilung die wichtigsten Vertheidigungsmittel entzogen werden können, und der Richter vielleicht zu einer ganz andern Strafzumessung gekommen wäre, wenn er auch über die Schuld des jetzt verschonten Mitschuldigen zu erkennen gehabt hätte.

Die Theilung verletzt aber auch das gemeine Rechtsgefühl, indem sie die durch keinen inneren Grund zu rechtfertigende Ungleichheit hervorruft, daß von mehreren Mitschuldigen der eine gestraft wird, der andere straffrei ausgeht, während vielleicht der erstere das Opfer der Verführung des letzteren ist.

Endlich liegt die Gefahr sehr nahe, daß verwerfliche Hebel in Bewegung gesetzt werden, um den Verletzten bei der persönlichen Auswahl in der Richtung seiner Strafanträge zu bestimmen, daß sich der wohlhabende Theilnehmer mit ihm abfindet, u. dgl.

Zu diesen allgemeinen Erwägungen kommen noch bei einem Theile der hieher gehörigen Fälle eigenthümliche Gründe, welche aus der besondern ratio legis hervorgehen. Wenn es die Rücksicht auf die Schonung der Familie oder der Person des Verletzten ist, durch welche die Verfolgung von Amtswegen bei dem Familiendiebstahl und den diesem gleichgestellten Unterschlagungen oder Betrügereien unter nahen Anverwandten, deßgleichen beim Ehebruch, bei der betrüglichen Verleitung zur Ehe und bei der Entführung ausgeschlossen wird (bayer. Entw. Art. 219, 256, 269, 283, 294, 312), so ist klar, daß dieser Zweck nur erreicht werden kann, wenn die Strafverfolgung in Beziehung auf die sämmtlichen Betheiligten unterbleibt. Durch die Verfolgung des Ehebrechers würde der Schleier, welchen der Ehemann über den Fehltritt seiner Ehefrau durch Verzicht auf die Bestrafung derselben zu werfen wünscht, unbarmherzig hinweggezogen, und die Beschimpfung der Familie, auch ohne die Bestrafung der Ehefrau, offenkundig gemacht, und so in allen ähnlichen Fällen.

Es ist demgemäß nach allen Seiten wohlbegründet, wenn das preuß. StGB. (§. 52) die Untheilbarkeit des Antrags auf Bestrafung, und der bayer. Entw. (Art. 67 (77)) die Untheilbarkeit des Verzichts auf die Strafverfolgung ausspricht. Beides läuft auf dasselbe Resultat hinaus, wenn sich unter den Theilnehmern nur eine einzige Person befindet, hinsichtlich deren die Strafverfolgung von einem vorausgehenden Antrage abhängen soll. Dagegen führt jene Verschiedenheit in der Fassung des Grundsatzes für jene Fälle zu einem ganz verschiedenen Ergebnisse, wenn unter den Theilnehmern mehrere privilegirte Personen sind, und der Strafantrag oder der Verzicht nur hinsichtlich des einen oder des andern stattfindet. Wenn bei einem Familiendiebstahle außer einem Extraneus zwei Familiengenossen **A** und **B** betheiligt sind, der Verletzte aber nur die Bestrafung des **A** verlangt, hinsichtlich des **B** aber ausdrücklich oder stillschweigend seinen Verzicht auf die Bestrafung erklärt, so ist nach preuß. Recht auch gegen den **B** zu verfahren, während nach dem bayer. Entw. auch

der A mit der Strafverfolgung zu verschonen ist. — Wie man sieht, läßt das preuß. R. das öffentliche Interesse der Strafverfolgung in einem solchen Collisionsfalle vorwalten, während der bayer. Entw. consequent das der ganzen Ausnahme zu Grund liegende Princip der Schonung festhält, und darin seine Rechtfertigung findet.

Die bisherige Ausführung macht es unnöthig, auf die Würdigung des Systems des sächs. Entw. noch besonders einzugehen, welcher die Theilbarkeit des Strafantrags als Regel annimmt, und nur für den Fall eine Ausnahme vorbehält, wenn die begünstigte Person der Urheber war und andere nur als Gehülfen oder Begünstiger mitgewirkt haben, indem die letzteren nur dann verfolgt werden sollen, wenn gegen die Urheber ein Antrag auf Bestrafung gestellt worden ist. Es mag dem Urtheile des Lesers überlassen bleiben, ob die Bemerkung der Motive: daß es in jenen Fällen, wo es von dem Verletzten abhängt, ob er ein gegen ihn verübtes Verbrechen bestraft wissen wolle, consequenterweise auch in dessen Ermessen gestellt seyn müsse, welchen unter mehreren Urhebern er bestraft wissen wolle, eine Entkräftung dessen enthalte, was oben für die entgegengesetzte Ansicht entwickelt wurde.

Wenn mehrere Berechtigte vorhanden sind, kann jeder für sich allein und selbständig einen Antrag auf Bestrafung stellen; preuß. StGB. §. 51. Der bayer. E. (Art. 67) hat diesen Satz noch weiter ausgebildet, indem er bemerkt, daß der Verzicht, welcher nur von dem einen oder andern von mehrerern Berechtigten ausgegangen ist, für die Tilgung der Strafbarkeit nur insoweit von Einfluß seyn soll, als sich die letztere nach dem Werthe des Gegenstands oder nach der Größe des angerichteten Schadens bemißt.

6. Strafzumessung.

Zu den erheblichsten Fortschritten der neuesten Strafgesetzgebung gehört die Befreiung des richterlichen Ermessens von den Schranken einer ängstlichen Casuistik, mit welchen dasselbe namentlich von dem bayerischen Strafgesetzbuch umzogen war. Von der Einsicht ausgehend, daß ein gerechtes Urtheil auf einer concreten Würdigung aller Momente der That beruht, wie sie durch keine abstracte Formel im voraus vorgezeichnet werden kann, hat die neue Gesetzgebung fast bei allen Verbrechen den Strafrahmen so

weit gespannt, daß der Richter bei der Straffixirung innerhalb desselben der eigenthümlichen Beschaffenheit des Falls nach allen Seiten vollkommen gerecht werden kann.

Mit dieser Erweiterung des richterlichen Ermessens ist von selbst auch die Wichtigkeit der Normen gewachsen, durch welche der Gesetzgeber die allgemeine Leitung dieses Ermessens beabsichtigt.

Nach dem Vorgange des bayer. StGB. vom Jahr 1813, Art. 90 f., welchem jedenfalls das Verdienst gebührt, den noch im preuß. LR. verwischten Unterschied der Gründe, welche die Strafzumessung innerhalb der gesetzlich gegebenen Gränzen leiten, und der Gründe der Strafänderung scharf ausgeprägt zu haben, haben alle neuern Gesetzbücher mit Ausnahme des sächs. CrGB. einen allgemeinen Grundsatz über die Strafzumessung an die Spitze gestellt und demselben eine mehr oder weniger detaillirte Ausführung gegeben.

Die Bedenken, welche diesem Systeme entgegenstehen, sind am gründlichsten bei der Revision des preußischen Entw. hervorgehoben worden (Goltdammer, a. a. I. 395; Beseler S. 26).

Es läßt sich nicht verkennen, daß das Ermessen des Richters innerhalb der gesetzlichen Gränzen durch die besondern Umstände der That geleitet werden müsse, und daß ihm die hiezu erforderlichen Anhaltpunkte die Doctrin, das Leben und der gesunde Menschenverstand an die Hand geben werden, und sowenig sich dem Arzte durch Aufzählung aller möglichen Symptome von Krankheiten die richtige Methode für die Behandlung des einzelnen Falls vorschreiben läßt, ebensowenig kann man dem Richter erkleckliche Regeln für die Behandlung des moralisch juridischen Krankheitsfalls vorzeichnen. — Aus diesen Erwägungen hat das preuß. StGB. nach dem Vorgange des französischen Rechts ganz darauf verzichtet die Strafzumessung durch allgemeine Sätze zu leiten, und auch bei den einzelnen Verbrechen sucht man vergebens specielle Strafzumessungsnormen.

Jedenfalls wird man den Versuch einer casuistischen Specification der einzelnen Strafzumessungsmomente aufgeben müssen; diese wird weder vollständig noch erschöpfend ausfallen können; sie wird dem Richter, welcher das Rechte nicht schon ohnehin weiß und will, von keinem Nutzen seyn, während auch die umsichtigste

Redaction derselben Zweifel und Mißverständnisse nicht auszuschließen vermag.

Dagegen scheint eine ausreichende Rechtfertigung für die Aufstellung eines allgemeinen Grundsatzes in der Unsicherheit zu liegen, in welcher wir wenigstens die frühere Doctrin über das leitende Princip der Strafzumessung befangen sehen, indem alles Gewicht bald auf die Größe des Schadens, bald auf die Gefährlichkeit des Willens gelegt wurde. Wenn daher der neue bayer. Entw. Art. 78 unter Beseitigung des casuistischen Art. 89 des ä. Entw. den Richter anweist, bei Festsetzung der Strafe des einzelnen Falls theils auf den Grad der Schädlichkeit und Gefährlichkeit der zu bestrafenden Handlung, theils auf den Grad der Bösartigkeit und Stärke des von dem Handelnden an den Tag gelegten verbrecherischen Willens, theils endlich auf den bisherigen Lebenswandel des zu Bestrafenden Rücksicht zu nehmen: so können wir in der Aufstellung dieser allgemeinen Richtpunkte kein Hinderniß einer ganz concreten und individuellen Würdigung des einzelnen Falls, sondern lediglich eine, wie es nach der bisherigen Erfahrung scheint, nicht ganz überflüssige Bürgschaft gegen eine willkürliche oder von falschen Theorien geleitete richterliche Strafzumessung erblicken. Aus diesem Grunde scheint auch der Art. 70 des sächs. Entw. (Art. 42 des Crim.-GB.) wohlberechtigt, wenn auch der bayer. Entw. zu einem besondern Satze über die Zumessung bei fahrlässigen Handlungen und bei der Concurrenz mehrerer Theilnehmer keine Veranlassung hatte, da alles, was hierüber zu sagen war, in dem „Grade der Schädlichkeit und Gefährlichkeit der Handlung" schon ohnehin enthalten ist.

7. Strafmilderung.

In der Ermächtigung der Gerichte zur Milderung der Strafe, d. h. zum Heruntergehen unter das gesetzlich vorgesteckte Strafminimum bei der Strafzumessung hat die preußische und die im Entwurfe vorliegende bayerische Gesetzgebung einen erheblichen Fortschritt gethan gegenüber den neueren deutschen Gesetzbüchern, deren System wir vom sächs. Entw. beibehalten sehen. Die neuere Gesetzgebung kennt nämlich nur allgemeine Milderungsgründe; das preuß. R. und der bayer. Entw. anerkennen zwar auch eine Reihe von allgemeinen Milderungsgründen,

gestatten aber daneben noch bei einzelnen Verbrechen die Berücksichtigung mildernder Umstände.

Um diese wichtige Neuerung theils zu erklären, theils zu rechtfertigen, sey es gestattet, kürzlich an die Mittel und Wege zu erinnern, welche in den verschiedenen Entwicklungsphasen des Strafrechts angewandt und eingeschlagen wurden, um die Realisirung der schwierigsten Aufgabe der Strafrechtspflege, möglichste Angemessenheit der Strafe und somit eine der concreten Verschuldung genau entsprechende, gleichsam die Individualität des Falles ausprägende Strafausmessung zu sichern.

Das entwickelte römische Strafrecht gibt zu dem Ende dem Richter ein fast unbeschränktes Strafzumessungsrecht, welches an der gesetzlichen Strafbestimmung keine Schranke haben soll. Hodie licet ei qui extra ordinem de crimine cognoscit, quam vult sententiam ferre, vel graviorem vel leviorem, ita tamen ut in utroque rationem non excedat (Ulp. l. 13. D. de poenis. 48, 19; vgl. L. 8. D. de publ. jud. 48, 1). — Nach englischem Rechte (Henry Stephens, Handb. des engl. Strafrechts u. s. w. übers. v. E. Mühry, Gött. 1843, S. 1. Note) ist dem die Umstände des Falles erwägenden Urtheile des Richters die Strafart wie das Strafmaß in hohem Grade überlassen, ohne daß ihm bestimmte, sein Ermessen leitende gesetzliche Regeln gegeben wären; für viele Arten von misdemeanours ist die Wahl der Strafart großentheils dem richterlichen Ermessen überlassen, und die felonies sind zwar in der Regel mit bestimmten Strafen bedroht, doch lassen neuere Parlamentsstatute auch hier dem Richter die Wahl zwischen Transportation und Gefängniß. — Die deutsche Praxis war ziemlich bald nach der C. C. C. bemüht, sich von dem geschriebenen Rechte auch hinsichtlich der Strafsanctionen zu emancipiren, und hatte zuletzt fast alle gesetzlichen Strafen mit wenig Ausnahmen in arbiträre verwandelt, so daß es am Ende nur noch sehr wenige Verbrechen gab, bei welchen man sich für einzelne Fälle an die gesetzliche Strafe hielt.

Im Gegensatze hiezu hat nun die neuere Strafgesetzgebung, voran und in ganz besonderem Maße das bayer. StGB., das Bestreben, die Strafbestimmung bei den einzelnen Delicten so casuistisch zu normiren als nur immer die Natur des Stoffes verträgt, und den Richter bei dem Ausmaß der Strafen wenigstens

insoweit zu binden, daß er ein Minimum und Maximum der Strafe als Schranke vor sich hat. Die Schranke des gesetzlichen Strafminimums darf er nur auf Grund allgemeiner gesetzlicher Milderungsgründe, welche bald spärlicher bald ausgiebiger aufgestellt sind, zu Gunsten des Beschuldigten überschreiten. Für die Härten, welche sich gleichwohl bei Anwendung der Strafbestimmungen ergeben mögen, steht als das einzige Hilfsmittel die Begnadigung gleichsam im Hintergrund.

Die Unhaltbarkeit dieses Systems mußte am grellsten in der Gesetzgebung hervortreten, welche die härtesten Strafsanctionen aufstellt. In Frankreich suchte man durch das Gesetz vom 28. April 1832 zu helfen; man räumte in allen Fällen den Geschwornen das Recht ein zu erklären, daß mildernde Umstände vorhanden seyen, worauf das Gericht die gesetzliche Strafe herabzusetzen verpflichtet ist.

In dieser schrankenlosen Allgemeinheit trägt aber das Heilmittel die Gefahr eines willkürlichen Mißbrauchs des Milderungsrechts und der Auflösung des ganzen positiven Strafsystems in sich. Sollen diese Gefahren vermieden werden, so muß die Gesetzgebung eine vernünftige Beschränkung des richterlichen Ermessens durch genaue Strafbestimmungen als Bürgschaft gegen Willkür und Ungleichheit in der Strafzumessung zu verbinden suchen mit der Ermöglichung eines freien, der Individualität des Falles gerechten Ausmaßes der Strafe. Diesem Postulat sucht das preuß. StGB. und der bayer. Entw. zu entsprechen, indem sie nicht nur allgemeine Milderungsgründe aufstellen, sondern zugleich bei jenen Verbrechen, welche schon ihrer Natur nach vor andern in sehr verschiedenen Modalitäten vorkommen können, bei deren Verübung also eine besonders weite Abstufung der Verschuldung gedacht werden kann, den Richter ermächtigen, auf Grund mildernder Umstände, welche aber nicht genauer bezeichnet sind, deren Annahme somit dem richterlichen Ermessen überlassen bleibt, unter das gesetzliche Strafminimum herunterzugehen. Bei den übrigen Delicten mag es immerhin ausschließlich der Begnadigung überlassen bleiben, die Härten, zu welchen die Anwendung des abstracten Strafgesetzes zuweilen führen mag, zu mildern; der Gefahr, daß die Begnadigung, welche nur ein außerordentlicher Regulator des Strafgesetzes seyn soll, in ein unentbehrliches regelmäßiges

Correctiv desselben übergehe, wird durch jenes System jedenfalls in ausreichendem Maße vorgebeugt seyn.

Was die Auswahl der Straffälle anlangt, bei welchen dieß Milderungsrecht nach den Umständen freizugeben ist, so werden diejenigen hervorzuheben seyn, bei welchen die subjectiven und objectiven Momente der Schuld in einer besonders großen Abstufung und Mannichfaltigkeit vorkommen können, ohne daß sich dieselbe gleichwohl in einer abstracten Fassung präcisiren ließe. Der bayer. Entwurf gestattet das Milderungsrecht bei der Vorbereitung zum Hochverrath (Art. 95), bei der Majestätsbeleidigung (Art. 117), bei dem Aufstande gegen die Obrigkeit (Art. 144), dem Landfriedensbruche (Art. 161), dem Duell mit schwererem Ausgange (Art. 169), bei der Blutschande mit außerehelichen Verwandten (Art. 209), der Tödtung in Schlägereien bezüglich jener Theilnehmer, welche nicht der Verübung der tödtlichen Verletzung überführt sind (Art. 235), der widerrechtlichen Hinwegnahme beweglicher Sachen aus fremdem Gewahrsam (Art. 289), der strafbaren Vorenthaltung fremder Sachen (Art. 293, vgl. noch Art. 294), endlich bei dem betrügerischen Bankerott (Art. 316). Diese Auswahl ist durch die Aufstellungen des Entw. über jene Delicte bedingt und im einzelnen hinreichend gerechtfertigt. Die Vorbereitungen zu einem hochverrätherischen Unternehmen können nach den Umständen, welche sich aber nicht genauer formuliren lassen, mit so unerheblicher Gefahr verbunden seyn, daß fünfzehnjähriges Zuchthaus eine gerechtere Strafe seyn wird als lebenslängliches. — Es sind Fälle der Majestätsbeleidigung denkbar, in welchen zwar der Thatbestand dieses Verbrechens vollständig vorliegt, gleichwohl aber eine Zuchthausstrafe von 15 Jahren als ausreichende Buße sich darstellt. — Der Thatbestand des Landfriedensbruchs läßt sich kaum anders als so bestimmen, daß auch die muthwillige Zerstörung einer Laterne durch eine Rotte angetrunkener junger Leute oder die Zerstörung einer Meßbude u. dgl. darunter fällt; wer möchte nun für solche und ähnliche Fälle nicht die Befugniß der Gerichte für vollkommen begründet erachten, statt der Freiheitsstrafe auf eine angemessene Geldstrafe zu erkennen? — Wenn auch ein Duell einen schwereren Ausgang gehabt hat, so kann gleichwohl unter Umständen die Verhängung der Ehrenfolgen über den Verurtheilten eine unverschuldete Grausamkeit enthalten;

da es nun aber vergebliche Mühe wäre, eine Formulirung dieser Umstände im Gesetzbuche zu versuchen, so bleibt nichts übrig als die Gerichte zur Ausschließung jener Folgen je nach den Umständen zu ermächtigen u. s. w.

Das preuß. StGB. stimmt in der Mehrzahl seiner Fälle mit dem bayer. Entw. zusammen; so namentlich hinsichtlich der Vorbereitungen zum Hochverrath (§. 63—66), bei der Majestätsbeleidigung (§. 74, 76), bei der Unterschlagung (§. 227), und die Abweichungen haben in den Eigenthümlichkeiten des Strafsystems sowie in der verschiedenen Behandlung der betreffenden Delicte ihre einfache und ausreichende Erklärung, indem auf irgend eine andere Weise Vorsorge gegen eine abstracte und übertriebene Härte in der Strafzumessung getroffen ist.

In einem wichtigen processualen Punkte findet nun aber eine erhebliche Abweichung statt zwischen dem Systeme des preuß. GB. und dem des bayer. Entwurfs.

Das preuß. GB. gibt die Feststellung, ob in einem gegebenen Falle mildernde Umstände vorhanden seyen, in schwurgerichtlichen Sachen den Geschwornen anheim; der bayer. Entw. überläßt die Würdigung der Frage dem Gerichtshofe.

Bei der Abwägung beider Systeme möchte sich die Wagschale zu Gunsten des bayer. Entw. neigen.

Denn faßt man zuvörderst die praktische Zweckmäßigkeit ins Auge, so wird niemand im Ernste behaupten wollen, daß der Schwurgerichtshof geringere Bürgschaften als die Geschwornen für ein richtiges Ermessen darbiete. Was sodann die processuale Angemessenheit anlangt, so ist zu bedenken, daß ja auch die Würdigung der Strafzumessungsgründe, welche doch gleichfalls eine thatsächliche Grundlage haben, dem Gerichtshofe und nicht den Geschwornen überlassen ist, und daß die Befugniß, mildernde Umstände anzunehmen, in der That sich als ein potenzirtes Strafzumessungs-, genauer Strafminderungsrecht darstellt; ferner daß die mildernden Umstände entweder sich schon aus der thatsächlichen Feststellung der Hauptfragen ergeben werden, soferne dadurch die Größe des Schadens und der Gefahr bestimmt wird, oder daß sie aus der Gesammtauffassung des ganzen Falls zu schöpfen sind. — Ist nun aber die Ueberlassung dieser Beurtheilung an den Gerichtshof weder unpassend noch systemwidrig, so hat sie den

entschiedenen praktischen Vortheil, daß durch dieselbe die den Geschwornen nahe liegende Versuchung abgeschnitten ist, durch die Bejahung des Daseyns mildernder Umstände eine Transaction zwischen Schuldig und Nichtschuldig vorzunehmen.

Von allgemeinen Milderungsgründen anerkennt das preuß. StGB. nur die strafmündige Jugend bis zu dem 16ten Lebensjahre (§. 43); der bayer. Entw. (Art. 83—86) hat außerdem in Uebereinstimmung mit dem Ges. v. 29sten August 1848 die geminderte Zurechnungsfähigkeit als solchen aufgestellt.

Wir glauben, mit Recht.

Das Leben und die Erfahrung der Strafrechtspflege *insbesondere* verwirft jenes strenge Dilemma, zurechnungsfähig oder nicht zurechnungsfähig, in dem Sinne, daß es zwischen jenen Zuständen, wo die Bedingungen der Zurechnung vollständig vorhanden sind, und jenen andern, wo sie eben so entschieden mangeln, keine Zwischen- und Uebergangsstufen geben soll, in welchen die Seelenkräfte, welche die Zurechnung bedingen, zwar nicht aufgehoben, aber doch getrübt und geschwächt sind. Die geminderte Zurechnung des Jähzornigen ist durch die mildere Bestrafung des Todtschlags längst auch im positiven Rechte anerkannt; in einem gleichen oder ähnlichen Zustande befindet sich der Taubstumme, der Berauschte (soferne bei diesen nicht die Zurechnung völlig aufgehoben ist), der Dumme und der Stumpfsinnige, soferne sie nicht den Blödsinnigen beizuzählen sind. Dazu kömmt, wie die Motive zum sächs. Entw. S. 158 mit Recht hervorheben, daß sich die neuere Psychologie immer entschiedener der Ueberzeugung zuwendet, daß sich jene Störung des Gleichgewichts der Seelenkräfte, welche die Krankheit des Geistes charakterisirt, oft so allmählich entwickelt, daß vielleicht lange vor dem wirklichen Ausbruche der ausgebildeten Krankheit ein Zustand getrübten Bewußtseyns vorhanden ist, der nicht unberücksichtigt bleiben darf, wenn den Forderungen der Gerechtigkeit genügt werden soll. — Endlich machen auch Gründe der Criminalpolitik die Aufstellung jenes Milderungsgrundes rathsam. Unbegründeten Freisprechungen kann in den Fällen der bezeichneten Art nur durch Einräumung eines Strafmilderungsrechts vorgebeugt werden.

Das preuß. StGB. hat den allgemeinen Milderungsgrund der geminderten Zurechnung nicht aufgenommen. Entscheidend war hiefür zunächst die Erwägung, daß die Frage, ob jemand in Beziehung auf eine bestimmte Handlung oder überhaupt zurechnungsfähig sey, d. h. ob ihm seine Handlung auf die Rechnung gesetzt werden könne, stets präjudiciell sey und nur eine bestimmte, entweder bejahende oder verneinende, Antwort gestatte. Wer nicht unfrei sey, sey frei, möge diese Freiheit auch noch so sehr vermindert seyn; die Zurechnung könne keine Grade haben (Beseler, Commentar, S. 180; Goltdammer I. S. 400). — Gegen diese Logik läßt sich nichts einwenden, wenn die Zurechnung mit der Freiheit des Willens identificirt wird. Geht man dagegen von dem gewöhnlichen und vollkommen berechtigten Sprachgebrauche aus, welcher Zurechnung für gleichbedeutend nimmt mit Verschuldung, so hat die Zurechnung allerdings ihre Abstufungen; sie kann nicht nur in vollem Maße oder gar nicht, sie kann auch in einem geminderten Grade vorhanden seyn, eben weil ihre Elemente, Bewußtseyn und Wille, in verschiedenen Abstufungen der Klarheit und Stärke vorkommen können.

8. Die unverschuldete Untersuchungshaft

soll nach dem bayer. StGB. nur dann einen Einfluß auf die Strafe haben, wenn die Dauer derselben den Zeitraum von 6 Monaten überschritten hat. Hat sie zwei Jahre oder darüber gedauert, so soll dadurch die Todesstrafe aufgehoben werden; in der letzteren Beziehung bildete jenes Uebermaß also einen wahren Milderungsgrund (Art. 104, 105). — Schon der Entw. v. J. 1822 (Art. 88) beschränkt einerseits die Wirkung des unverschuldeten Untersuchungsgefängnisses auf die zeitlich begränzte Freiheitsstrafe, legt aber andererseits schon einer dreimonatlichen Dauer desselben die Kraft der Compensation bei — Aenderungen, welche aus einleuchtenden Gründen den Beifall der neueren Gesetzgebung erhielten. — Der neueste Entwurf ist noch weiter gegangen: schon die einmonatliche Haft soll bei Gefängniß- und Geldstrafe (nach deren Ausdruck in Gefängnißstrafe) und zwar nach ihrer vollen Dauer, bei zeitlich begränzter Zuchthausstrafe im Verhältniß von drei Viertheilen abgerechnet werden. Auf eine noch kürzere Dauer der unverschuldeten Untersuchungshaft Rücksicht zu nehmen, schien

nicht räthlich, da hiedurch allzu häufig chikanöse Angriffe der Vertheidiger auf die Untersuchungsrichter und die Staatsanwaltschaft provocirt würden. — Das sächs. CGB. (Art. 63) und nach ihm der Entw. Art. 27 binden die Rücksichtnahme auf die Untersuchungshaft an keine weitere Zeitgränze.

Die Entwürfe des preuß. StGB. (vgl. Goltdammer a. a. O. S. 164) hatten ähnliche Bestimmungen. Sie wurden aber in Erwartung der Reform der Strafproceßordnung für entbehrlich erachtet und aus dem Gesetzbuche gestrichen.

9. Strafschärfung.

Dasselbe Bedürfniß, welches die preußische und die der Zustimmung des Landtags unterliegende bayerische Gesetzgebung veranlaßte, die Gerichte zu der Annahme mildernder Umstände zu ermächtigen, führt in consequenter Weiterentwicklung gleichsam nach dem Gesetze der Symmetrie zur entsprechenden Einräumung eines Schärfungsrechts nach den Umständen. Soll die Strafzumessung der concreten Verschuldung genau entsprechen, so muß sie die in den individuellen Umständen des Falls liegenden schärfenden Umstände nicht minder als die mildernden zu berücksichtigen befugt seyn, nur daß einem solchen lediglich auf die Natur der Umstände gestellten Schärfungsrechte durch eine genaue Umschreibung seiner Gränzen eine Bürgschaft gegen willkürliche Härte beigegeben werden muß.

Ein solches Schärfungsrecht nach Umständen finden wir in dem preuß. StGB. in der Weise, daß dem Richter bei einzelnen Delicten die Ermächtigung ertheilt wird, nach Umständen die zeitige Untersagung der Ausübung der Ehrenrechte oder die Stellung unter Polizeiaufsicht auszusprechen.

Der bayer. Entw. ist noch weiter gegangen. Bei einer erheblichen Anzahl von Vergehen ist es dem Ermessen des Gerichts anheimgegeben, wegen der Schwere des Falls jene Ehrenfolgen sämmtlich oder zum Theil auszusprechen, welche zunächst nur an die Verurtheilung wegen Verbrechen geknüpft sind. So namentlich bei der Fälschung i. w. S. (Art. 180, 191, 194, 195, 201), bei der Blutschande (Art. 209), bei gewissen Verbrechen gegen die Sittlichkeit (Art. 224), bei der Abtreibung (Art. 244), bei dem Mißbrauche der Familiengewalt (Art. 270), dem Wucher (Art. 325),

der vorsätzlichen Eigenthumsbeschädigung (Art. 342). In ähnlicher Weise ist es bei mehreren Amtsvergehen den Gerichten überlassen, ob sie in schwereren Fällen gegen den Schuldigen den Verlust des Dienstes und der von dem letzteren abhängigen Rechte als Straffolge aussprechen wollen (Art. 151, 343, 345, 353, 355, 358, 360, 362, 363). — Die Schärfung der Gefängnißstrafe durch Geldstrafe ist in schwereren Fällen zulässig bei der Schmähung (Art. 262), bei der Fälschung der Wahlzettel oder Wahlzeichen (Art. 158). — Gegen die Anstifter und Anführer eines Aufstandes gegen die Kammern des Landtags, sowie gegen diejenigen Theilnehmer an demselben, welche Gewalthandlungen verübt haben, soll in schwereren Fällen die Zuchthausstrafe von 15 auf 20, und von 10 auf 15 Jahre erhöht werden können.

Es ließe sich leicht nachweisen, daß in den hervorgehobenen Fällen die Motive und besonderen Umstände der Handlung von der Art seyn können, daß durch sie eine Schärfung der ordentlichen Strafe gerechtfertigt wird, ohne daß jedoch eine genauere Präcisirung der schärfenden Momente in abstracto möglich wäre. Gegen den Mißbrauch dieses Schärfungsrechts liegt das Correctiv in der Berufung, welche auch auf Grund einer unrichtigen Strafzumessung offen steht.

Der Aufstellung allgemeiner Schärfungsgründe hat sich der bayer. Entw. völlig enthalten.

Das Strafgesetzbuch v. J. 1813 hat zwei allgemeine Strafschärfungsgründe aufgestellt, den Rückfall und die Concurrenz mehrerer Reate in einer Person.

Das Zusammentreffen mehrerer Verbrechen in einer Person kann unter keinem Gesichtspunkte als Schärfungsgrund aufgefaßt werden, es mag nun das Cumulations- oder das Absorbirungsprincip der Behandlung der Concurrenz zu Grunde gelegt seyn. Denn wenn der Grundsatz gilt: poena major absorbet minorem, so liegt in dem theilweisen Strafnachlaß vielmehr eine Milderung als eine Schärfung der Strafe.

Die Bestimmungen des StGB. über den Rückfall aber waren nicht nur in Nachahmung des Cod. pén. übertrieben hart, sondern

bildeten durch ihre labyrinthische Verworrenheit und ihre ängstliche und doch unzureichende Zahlencasuistik ein wahres Kreuz für die bayerischen Strafgerichte. Selten wurde daher eine Abrogation mit so ungetheilter Genugthuung aufgenommen, als die Abschaffung der Art. 111—117 des StGB. durch den Art. 2 und 8 Abs. 1 des Ges. vom 29 Aug. 1848. Der einfache Satz, daß, wenn jemand wegen eines Verbrechens oder Vergehens verurtheilt worden ist, und sich später wieder eines Verbrechens oder Vergehens derselben oder anderer Art schuldig macht, dieser Umstand einen Erschwerungsgrund bilden soll, ist mit der einzigen Modification, daß eine rechtskräftige Verurtheilung gefordert wird, aus jenem Gesetze in den bayerischen Entwurf übergegangen, und damit das gemeine Recht, welches in dem Rückfall einen allgemeinen Schärfungsgrund nicht anerkennt, wieder hergestellt. Dafür ist aber der Einfluß des Rückfalls bei jenen Verbrechen und Vergehen, wo er nach der Erfahrung am häufigsten vorkömmt, durch besondere Bestimmungen vorgesehen. So bei dem Diebstahl (Art. 273, 281 Nro. 3, 282 Nro. 1), bei der Hehlerei (Art. 290, 300 Nro. 2), beim Raube (Art. 298 Nro. 4), dem Betruge (Art. 306, 310 Nro. 2, 311 Nro. 1), dem Wucher (Art. 325), beim Mißbrauche der Amtsgewalt (Art. 355 Abs. 2). — In den übrigen Fällen wird es für hinreichend erachtet, wenn die in dem Rückfall kundgegebene Stärke der verbrecherischen Leidenschaft als Straferhöhungsgrund berücksichtigt wird (Art. 90, 91).

Die preuß. (§. 58) und sächs. Gesetzgebung (CrGB. Art. 58, Entw. Art. 78) stellen zwar den Rückfall als allgemeinen Schärfungsgrund auf, jedoch mit erheblichen Beschränkungen. — Das preuß. GB. begnügt sich zwar mit einer rechtskräftigen Verurtheilung, aber dieselbe muß von einem preuß. Gerichtshofe ausgegangen seyn, und es muß die Identität des frühern und neuen Verbrechens vorliegen, wobei jedoch der Versuch der Vollendung und die Theilnahme der Urheberschaft gleichsteht. — Der sächs. Entw. verlangt die Abbüßung der Strafe in Folge der Verurtheilung und die Identität oder Gleichartigkeit der beiden Reate. Dieß letztere Merkmal war im CrGB. casuistisch festgestellt; der Entw. gibt dafür eine Definition. Alle jene Verbrechen sollen als gleichartige gelten, welche aus gleichartigen Triebfedern hervorgegangen sind. Durch dieß Kriterium werden aber in der That

ganz verschiedenartige Fälle zu gleichartigen gestempelt. Körperverletzung und Brandstiftung sind unläugbar ganz verschiedenartige Verbrechen: nach dem s. E. müssen sie als gleichartige angesehen werden, wenn sie unter dem fortwirkenden Einfluß desselben Triebs der Rachsucht gegen die Person des Verletzten verübt worden sind. — Beide Gesetzgebungen setzen endlich einen Zeitraum fest, nach dessen Ablauf die durch ein früheres Verbrechen veranlaßte Verurtheilung oder Strafverbüßung nicht mehr als Rückfall wirken soll.

10. Zusammenfluß von Verbrechen.

In der Behandlung jener Concurrenz von Verbrechen, welche man mit einem nicht gerade glücklich gewählten Kunstausdrucke die ideale oder formale nennt, war die gemeine Praxis und Doctrin von jeher ziemlich einig. Wenn der Beschuldigte in einer und derselben Handlung mehrere Strafgesetze zugleich übertreten hat, soll nur dasjenige Strafgesetz in Anwendung gebracht werden, welches die höchste Strafausmessung zuläßt, bei der Zumessung aber soll der Zusammenfluß als Erschwerungsgrund in Anschlag kommen. Hierin stimmt auch die neuere und neueste Legislation überein (pr. StGB. §. 55, bayer. E. Art. 87 Abs. 2; sächs. E. Art. 73; das preuß. StGB. bezeichnet diese Concurrenz aus dem Grunde nicht als Erschwerungsgrund, weil es überhaupt keine Normen für die richterliche Strafzumessung aufstellt.)

Dagegen stehen sich in der Behandlung der s. g. realen Concurrenz — jenes Falles, wenn gegen denselben Beschuldigten mehrere durch verschiedene Handlungen verschuldete Reate vorliegen — noch jetzt jene zwei Principien gegenüber, welche als Cumulations- und Absorbirungssystem bezeichnet worden sind.

Nichts scheint einfacher, als die Forderung der Gerechtigkeit, daß jedem die Strafe zu Theil werden soll, welche er durch sein Verbrechen verwirkt hat, daß also mehrfache Verbrechen auch mehrfache Bestrafung nach sich ziehen müssen; nunquam plura delicta concurrentia efficere possunt, ut ullius impunitas detur. Allein bei näherer Betrachtung zeigt sich diese Forderung der Gerechtigkeit als unausführbar.

Die Todesstrafe ist mit jeder andern Strafe unverträglich (wer wollte den zum Tode Verurtheilten daneben noch um Geld

büßen?), ebenso die lebenslängliche Freiheitsstrafe mit jeder zeitlichen Freiheitsberaubung. Zeitliche Freiheitsstrafen scheinen zwar ohne allen Anstand cumulabel, allein es ist dieß eben — auch von den Schwierigkeiten der Strafverwandlung ganz abgesehen — nur ein Schein. Es liegt hier ein Fall vor, wo 2 × 2 nicht = 4 ist. Das Leiden, welches die Freiheitsstrafe involvirt, steigert sich durch die Verlängerung der letzteren nicht in einer arithmetischen, sondern in einer geometrischen Progression; zehnjähriges Zuchthaus ist eine härtere Strafe als zweimal fünfjähriges. Hat der Gesetzgeber bei seinen Strafsätzen nur die einfache Dauer im Auge, so ist in der Verdopplung oder Verdreifachung derselben mehr als die doppelte oder dreifache Strafe enthalten.

Demgemäß haben sich denn auch jene Gesetzgebungen, welche sich, wie neuerdings wieder das preuß. StGB., zu dem Cumulationsprincipe bekennen, zu so erheblichen Beschränkungen desselben genöthigt gesehen, daß damit in der That das Princip als aufgegeben erscheint. Indem das preuß. StGB. §. 57 bei der Vereinigung mehrerer Freiheitsstrafen bestimmt, daß die Vereinigung niemals die Dauer von zwanzig Jahren, und soferne nur Vergehen vorliegen, niemals die von zehn Jahren überschreiten soll; ferner, daß, wenn die in Vereinigung zu erkennenden Strafen verschiedener Art sind, unter Verkürzung ihrer Gesammtdauer auf die schwerste dieser Strafarten zu erkennen sey, wobei jedoch die Gefängnißstrafe nie die Dauer von 10 Jahren übersteigen darf: wird auf die Anwendung des Cumulationsprincips gerade in den schwereren Verbrechensfällen ganz und gar, und in den übrigen insoferne verzichtet als ein Hinausgehen über jene Gränze veranlaßt wäre; es wird oft nur der erste und zweite, aber nicht der dritte und vierte Reat zur Verbüßung gelangen.

Und dieser Vorwurf einer unvollständigen Durchführung des Princips ist noch nach einer andern Seite hin begründet. Es scheint vom Standpunkte des Cumulationsprincips nicht consequent, wenn die absichtliche Verletzung verschiedner Personen durch eine und dieselbe Handlung als ideale Concurrenz behandelt wird, wie dieß nach der Definiton dieser letzteren im §. 55 des pr. StGB. angenommen werden muß. Wer mehrere Personen durch dieselbe Speise absichtlich vergiftet hat, steht seiner juristischen und moralischen

Verschuldung nach demjenigen ganz gleich, welcher die Vergiftung jener Menschen nach und nach ausgeführt hat; er unterscheidet sich aber vollständig von dem, der in der That nur eine Rechtsverletzung an einer Person begangen hat, welche aber nach verschiedenen Gesichtspunkten unter verschiedene Strafgesetze subsumirt werden kann.

Durch diese Bemerkungen mag das System des bayer. Entw. (Art. 87, alt 90) hinreichend gerechtfertigt seyn, welches auch für die reale Concurrenz den Grundsatz aufstellt: poena major absorbet minorem, und nur in dem Falle eine Verbindung mehrerer Strafen zuläßt, wenn durch verschiedene Handlungen des Beschuldigten Geld- und Gefängnißstrafen verwirkt sind. In der Verbindung der Geldstrafe mit der Gefängnißstrafe ist eben die Verschärfung der letzteren zu suchen; der Charakter der Gefängnißstrafe wird durch eine solche Verbindung ebensowenig alterirt, als gegen die Verbindung einer Geldstrafe mit einer andern Geldstrafe ein Bedenken obwaltet.

Der sächs. Entw. (Art. 74—77) hat zwar principiell das Cumulationsprincip ebenfalls aufgegeben und sich hierin eine der erheblichsten Abweichungen von dem Criminalgesetzbuche gestattet (Groſſ a. a. O. S. 33). In der That ist es aber für alle jene zahlreichen Fälle, wo nur zwei Verbrechen vorliegen, deren Strafen zusammengerechnet nicht über eine dreißigjährige Freiheitsstrafe ausmachen würden, in das Ermessen des Richters gestellt, ob er nicht gleichwohl seiner Strafausmessung das Cumulationsprincip zu Grund legen will. Die Gesammtstrafe der concurrirenden Verbrechen soll nämlich zwar durch Erhöhung derjenigen Strafe gebildet werden, auf welche für das schwerste derselben, wenn es allein vorläge, zu erkennen wäre. Allein dem Richter ist gestattet, die Gesammtstrafe nach Ermessen auf das Doppelte der Strafe des schwersten Verbrechens zu erhöhen, nur daß der Höchstbetrag dieses Duplum den Zeitraum einer dreißigjährigen Freiheitsstrafe nicht überschreiten darf. — Erinnern wir uns, daß das preuß. StGB. die Gesammtstrafe nicht über zwanzig Jahre hinaufgehen läßt, so haben wir die auffallende Erscheinung, daß eine Gesetzgebung, welche das Cumulationsprincip verwirft, gleichwohl eine viel härtere Strafsumme zuläßt, als eine andre Gesetzgebung, welche jenes Princip beibehalten hat. — Allein ganz abgesehen hievon, machen

sich nicht gegen eine solche in das Ermessen des Richters gestellte theilweise Cumulation der Strafen alle Gründe, welche oben gegen das Cumulationsprincip überhaupt vorgebracht worden sind, in erhöhtem Maße geltend? Und ist nicht die Gefahr begründet, daß ein solches weites Ermessen zu einer allzu großen Ungleichheit in der Behandlung gleichartiger Fälle führen wird?

Noch zu zwei weiteren Bedenken geben die Bestimmungen des sächs. Entw. Veranlassung.

Die Normen über die Behandlung concurrirender Verbrechen sollen (Art. 74 und 75) nur dann gelten, wenn die verschiedenen Verbrechen nach den Bestimmungen der StPO. den Gegenstand eines und desselben Straferkenntnisses ausmachen; sie finden also in dem Falle keine Anwendung, wenn die Strafen durch verschiedene Straferkenntnisse auferlegt sind; hier sollen sie gesondert und zwar dergestalt vollstreckt werden, daß mit den schwersten derselben der Anfang gemacht wird. — Ist aber hiemit nicht dem Zufalle ein ungebührlicher Einfluß auf das Strafmaß eingeräumt? Wenn der A wegen Diebstahls processirt und abgeurtheilt ist und hinterher ergibt sich eine Anzeige, daß er noch einen andern Diebstahl verschuldet hatte, soll nun diese zufällige Verspätung der Entdeckung bewirken, daß der A nothwendig die beiden verwirkten Strafen selbständig nach einander verbüßen muß, während bei einer gleichzeitigen Entdeckung das Gericht sich mit dem Ausspruche der schwereren der beiden verwirkten Strafen, verbunden mit einer Erhöhung, hätte begnügen können?

Weit richtiger läßt der bayer. Entw. auch in diesen Fällen eine ganz gleiche Behandlung eintreten wie bei der eigentlichen Concurrenz und schreibt consequent im Art. 88 und 89 vor, daß der wegen eines Verbrechens rechtskräftig Verurtheilte wegen eines andern Verbrechens, dessen er sich vor jener Verurtheilung gleichfalls schuldig gemacht hat, nur dann gerichtlich verfolgt und bestraft werden soll, wenn für beide Verbrechen zusammen im Falle gleichzeitiger Aburtheilung eine schwerere Bestrafung eingetreten seyn würde, als dem Thäter wegen des zuerst abgeurtheilten Verbrechens wirklich zuerkannt wurde, und daß in dem letzteren Falle in dem späteren Strafurtheile die für beide Verbrechen nach den Bestimmungen über den Zusammenfluß von Verbrechen treffende Gesammtstrafe auszusprechen sey (vgl. noch Art. 89).

Ferner ist noch auf eine Lücke des sächs. Entw. hinzudeuten. Der Entw. (Art. 73 und 74) unterscheidet nur zwei Fälle des Zusammentreffens mehrerer Verbrechen. Einmal den, „wenn eine Handlung vorliegt, welche den gesetzlichen Erfordernissen eines geringeren, vermöge gewisser dabei ebenfalls vorhandener Umstände aber zugleich den gesetzlichen Erfordernissen eines schwereren Verbrechens entspricht." Ferner den Fall, „wenn mehrere von einer und derselben Person durch verschiedene Handlungen begangene Verbrechen zur Bestrafung vorliegen." Hier ist der dritte Fall der Concurrenz übergangen: wenn in einer und derselben Handlung ein und dasselbe Strafgesetz in mehrfacher Richtung übertreten wird (vgl. bayer. Entw. Art. 87 Nro. 2 und oben S. 108).

Schließlich sey noch bemerkt, daß die sämmtlichen uns vorliegenden Gesetzgebungen bei einzelnen Verbrechen besondere Bestimmungen für den Fall der Concurrenz vorbehalten haben, so namentlich bei dem Diebstahl (bayer. Entw. Art. 273 Nro. 2, Art. 281 Nro. 4, 282 Nro. 2), bei der Hehlerei (Art. 290, 298 Nro. 3, 300 Nro. 2), bei dem Betrug (Art. 310, 311), bei dem Mißbrauch der Amtsgewalt (Art. 355 Nro. 2.).

Bekanntlich hat die Doctrin und seit dem bayer. StGB. (Art. 110; die Unzulänglichkeit und Verkehrtheit dieser Bestimmung hat das Oberappellationsgericht bereits i. J. 1817 in einem ausführlichen Berichte nachgewiesen, Jahrb. f. Gesetzgeb. u. Rechtspfl. des K. Bayern. Band 3, S. 155) auch die neuere Gesetzgebung allgemeine Kriterien zur Unterscheidung des fortgesetzten und des wiederholten Verbrechens aufgestellt.

Aus dem preuß. StGB., sowie aus den beiden unserer Betrachtung unterliegenden Entwürfen sind dieselben verschwunden, und werden schwerlich von den Gerichten vermißt werden. Denn auch in der besonnenen und umsichtigen Fassung, in der die Definition des fortgesetzten Verbrechens von dem hannov. GB. Art. 106 aufgestellt wird, ist sie nichts anders als eine Abstraction von bestimmten einzelnen Fällen, deren Beurtheilung weder schwierig noch bestritten ist, so daß wir das Wort Savigny's anwenden können: „Soweit sich solche Vorschriften nicht von selbst verstehen, können sie zu großen Mißgriffen Veranlassung geben. Was damit

gesagt werden soll, läßt sich nicht recht definiren, und was gesagt ist, hilft nicht weit." — Der neue bayer. Entw. konnte um so unbedenklicher die noch in dem ältern Entw. Art. 99 aufgestellte Definition des fortgesetzten Verbrechens aufgeben, als in dem wichtigsten speciellen Falle, nämlich beim Diebstahl, dem Richter besondere Anhaltpunkte gegeben sind (vgl. Art. 286 Abs. 2.).

11. Wirkungskreis der Strafgesetze nach Raum und Personen.

Die Lehre von der internationalen Strafrechtspflege hat in neuester Zeit vom criminalistischen Standpunkte aus in der Schrift von Berner (Wirkungskreis der Strafgesetze nach Zeit, Raum und Personen, Berlin 1853) und vom publicistischen Gesichtspunkte in einer eben so geistvollen als gelehrten Abhandlung von Robert Mohl (Revision der völkerrechtlichen Lehre vom Asyle, in der Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft Bd. 9, 1853, S. 451 f.) eine so eingehende und allseitige Erörterung gefunden, daß wir uns zum Schlusse unserer Bemerkungen über die allgemeinen Probleme des Strafrechts auf die einfache Darlegung jener Auffassung beschränken dürfen, welche dieser wichtigen Frage in den unserer Betrachtung vorliegenden Gesetzgebungsarbeiten zu Theil geworden ist.

Hier finden wir zuvörderst gleichmäßig und in Einstimmung mit der gesammten neuern Gesetzgebung den Grundsatz anerkannt, daß die Inländer wegen aller im Inlande verübten Verbrechen von den inländischen Gerichten nach den inländischen Strafgesetzen zu bestrafen sind (preuß. StGB. §. 3, bayer. Entw. Art. 10, sächs. Entw. Art. 2); deßgleichen, daß die einheimischen Strafgesetze anzuwenden sind auf jene Ausländer, welche dieselben während ihres Aufenthalts in unserem Gebiete verletzen, sey es daß ihr Verbrechen gegen unsern eigenen oder gegen einen fremden Staat, gegen unsere Mitbürger oder gegen fremde Unterthanen begangen worden (preuß. StGB. §. 3, bayer. Entw. Art. 12, sächs. Entw. Art. 3.).

Dagegen findet keine völlige Uebereinstimmung a) hinsichtlich der Frage statt, wie weit ein Unterthan wegen eines im Auslande begangenen Verbrechens bestraft werden könne? Unsere beiden Entwürfe stellen das Persönlichkeitsprincip in dem Satze

voran: Inländer unterliegen den Bestimmungen dieses Gesetzbuchs wegen aller von ihnen im In- oder Auslande verübten Verbrechen (bayer. Entw. Art. 10, sächs. Entw. Art. 2), — womit von selbst die Bestimmung in Verbindung steht, daß kein Inländer einer ausländischen Behörde wegen einer strafbaren Handlung zur gerichtlichen Verfolgung oder Bestrafung ausgeliefert werden soll (bayer. Entw. Art. 11). Nur die billige Beschränkung wird von dem bayerischen Entwurfe dem Grundsatze beigefügt (Art. 10 Abs. 1), daß solche Handlungen von Inländern, welche zwar nach dem inländischen, aber nicht nach dem ausländischon Strafgesetze strafbar sind, bei uns nur dann verfolgt werden sollen, wenn die Handlung entweder absichtlich zur Umgehung der einheimischen Gesetze im Auslande vorgenommen wurde, oder wenn dieselbe ein Verbrechen gegen unseren Staat oder dessen Oberhaupt oder einen Angehörigen desselben enthält.

Das preuß. StGB. (§. 4) stellt im Gegensatze hiezu das Territorialprincip voran: wegen der im Auslande begangenen Verbrechen und Vergehen findet in Preußen in der Regel keine Verfolgung und Bestrafung statt. Allein die Ausnahmen, welche von diesem Principe gemacht werden, heben dasselbe in der That auf. Denn es soll nicht nur — in Nachbildung des Code pénal — derjenige Preuße in Preußen nach preußischen Gesetzen bestraft werden, welcher im Auslande gegen Preußen eine hochverrätherische oder landesverrätherische Handlung, eine Majestätsbeleidigung oder ein Münzverbrechen begangen hat (§. 4 Nro. 2), sondern dieß soll auch in allen andern Fällen stattfinden, wo ein Preuße im Auslande eine nach preußischen Gesetzen als Verbrechen oder Vergehen strafbare Handlung begangen hat, jedoch nur unter der besonderen Voraussetzung daß er nicht bereits nach den auswärtigen Gesetzen von dem auswärtigen Strafgerichte abgeurtheilt worden ist.

Hiemit ist zugleich das Princip hinsichtlich des Einflusses festgestellt, welchen die rechtskräftige Aburtheilung des Inländers im Auslande haben soll.

Das preuß. StGB. geht in der Respectirung dieser Aburtheilung am weitesten. Nur dann sollen die inländischen Strafgerichte trotz derselben einschreiten, wenn es sich um einen Fall des Hoch- oder Landesverraths, um eine Majestätsbeleidigung oder um ein Münzverbrechen handelt. In allen übrigen Fällen soll

die Aburtheilung der ausländischen Gerichte auch für die inländischen rem judicatam bewirken, nur daß bei Verurtheilungen die ausgesprochene Strafe vollzogen oder im Begnadigungswege erlassen seyn muß (§. 4, Nro. 2 und 3.).

Der bayerische Entw. hat die Fälle der ersteren Art, in welchen troß der ausländischen Aburtheilung unsere Gerichte von neuem zu procediren und zu erkennen haben, erweitert (Art. 13 Nro. 2). Im übrigen wird zwar das freisprechende Erkenntniß unbedingt respectirt, das verurtheilende aber nur dann, wenn wirklich die Strafe ganz vollzogen worden ist; die Begnadigung steht somit dem Strafvollzuge nicht gleich (Art. 13 Nro. 1).

Einen eigenen Weg geht in dieser Beziehung der sächs Entw. (Art. 8). In allen Fällen, in welchen inländische Gerichte wegen auswärtiger Verbrechen einzuschreiten haben, soll diese Einschreitung stattfinden, soferne nicht bereits ein Strafvollzug im Auslande stattgefunden; so daß also selbst die rechtskräftige Freisprechung keinen Schutz gewährt. Hierin möchte ein zu weit getriebenes Mißtrauen gegen die Loyalität ausländischer Strafgerichte enthalten seyn.

b) Ausländer werden wegen ihrer im Auslande begangenen Verbrechen nach der bayer. Gesetzgebung (Art. 12) nur dann vor die inländischen Strafgerichte gezogen, wenn das Verbrechen eine Richtung gegen den inländischen Staat, dessen Oberhaupt oder einen Angehörigen desselben hat. Während der sächs. Entw. (Art. 4 Nro. 2 und 3) noch zwei andere Fälle hinzufügt, hebt das preuß. StGB. (nach dem französischen Recht) nur die als Hochverrath oder als Majestätsbeleidigung bezeichneten Handlungen, dann die Münzverbrechen hervor. Die Wirkung der auswärtigen Aburtheilung ist in diesem Falle ganz dieselbe wie die der auswärtigen Aburtheilung von Unterthanen. Das preuß. StGB. hält dagegen schlechthin eine erneute Aburtheilung im Inlande offen (§. 4, Nro. 1.).

Dollmann.

V.

Das absolute Recht.

G. Lenz, über die geschichtliche Entstehung des Rechts. Eine Kritik der historischen Schule. Greifswald und Leipzig 1854.

Der Inhalt obiger Schrift ist kurz folgender. Durch das ganze achtzehnte Jahrhundert hat das s. g. Naturrecht behauptet, im Besitze des ewigen, absoluten, für alle Menschen geltenden, an Ort und Zeit nicht gebundenen Rechts zu seyn. Dieses Naturrecht hat sich jedoch, als die naive Aufnahme des praktisch Geltenden, vernüchtert und destillirt zu dürren Verstandesabstractionen erwiesen. Indessen huldigten auch die „Despoten der Aufklärung von oben" dieser Richtung, was die bekannten drei Codificationen zur Folge hatte, unter denen das preußische Landrecht das bedeutendste und originellste, das mit dem meisten Ausdruck und Liebe gearbeitete Werk ist. In den ersten Jahrzehnten unseres Jahrhunderts ist dem Naturrecht die Lehre vom naturwüchsigen Recht entgegengetreten, welche behauptet, daß das Recht nicht etwas Absolutes, sondern ein jedem Volke und jeder Zeit Eigenthümliches sey. Diese Reaction ist natürlich gewesen. Es ging durch die ganze Zeit ein Streben, Idealismus und Realismus zu vereinigen, die Gegenwart wieder anzuknüpfen an ihr Werden; die Zeit, deren kühne Ideale nur eben haltungslos zusammengestürzt waren, griff in sich, in ihre Vergangenheit zurück, sich selber wieder zu finden und die Entfremdung des Seyns vom Sollen aufzuheben; die Erinnerung, in der tiefsinnigen Bedeutung des Worts, erfaßte die Menschheit. In der Vergangenheit fand man, was man gesucht, Einheit des Seyns, Denkens, Fühlens, Glaubens;

in diesem geschichtlich Untergegangenen erblickte man, mit Verläugnung der Geister der eigenen unbegriffenen Gegenwart, das Absolute. Diese „deutschen Emigrationen" in die Vergangenheit machten aber den Riß zwischen Theorie und Praxis nur immer klaffender. Die Träger dieser Richtung hatten vor dem Janusgesicht, was der Historiker, „ein rückwärts gekehrter Prophet", haben soll, das der Zukunft zugewendete Antlitz verschleiert. S. 1—10.

Nachdem der Verfasser meist mit den Worten Savigny's die Lehre der historischen Schule wiedergegeben S. 11—16, auch die Ansichten Feuerbachs und Thibauts berührt hat, wendet er sich zu Hegel und Gans und deren Polemik gegen die historische Schule. Angreifer und Gegner standen, sagt er, auf denselben Grundlagen. Die einzelnen welthistorischen Volksgeister, zu ihren Missionen durch ihre geographische und anthropologische Existenz von der Natur ausgerüstet, sind nach Hegels Lehre die Träger der einzelnen Entwicklungsstufen des Weltgeistes; jedes dieser Völker bildet, als in sich abgeschlossene Individualität, den andern gegenüber nur ein Moment der Entwicklung. Hieraus ergibt sich das Streben, in der Geschichte der einzelnen Völker nicht sowohl die Einerleiheit, als vielmehr die Verschiedenheit aufzudecken. Nur darin liegt etwas Hegel eigenthümliches, daß der allgemeine Gedanke durch die stufenmäßige Folge der einzelnen Volksgeister sich offenbart. Wenn nun weiter Hegel das Absolute sich geschichtlich entrollen läßt, so muß nothwendig der Stern der Gegenwart als der absolute Gedanke gesetzt werden; hieraus folgt aber daß mit der Erfassung der Gegenwart entweder die Geschichte oder das Denken aufzuhören hätte. Gans hat diesen Widerspruch gefühlt und deßhalb eigentlich die Idee des absoluten Rechts aufgegeben, denn er spricht es offen aus, daß die Gegenwart nur „in gewissem Sinn" das Höchste sey, und daß jede Zeit ihr Naturrecht habe. Diese Erkenntniß hätte Gans zu einem bewußten Hinausgehen über Hegel führen müssen. S. 16—28.

Nach dem Verstummen der Philosophie ist die germanistische Opposition aufgetreten. Sie ist eine nothwendige Consequenz der Lehre von der nationalen Entstehung des Rechts, denn diese führt zu dem Satze, daß unser praktisches Rechtsleben sich nur dem germanischen Recht zuzuwenden hat. S. 18. Die Germanisten haben sich in einer sehr geräuschvollen Thätigkeit gefallen und

standen bei unseren Liberalen (?) sehr in Ansehen, jenen guten Leuten und schlechten Musikanten, von denen noch immer gilt, daß sie sich von ihren Gegnern hauptsächlich dadurch unterscheiden, daß sie nicht wissen was sie wollen, während die Gegner weit mehr nicht wollen was sie wissen. S. 29—34.

Seiner eigenen Darstellung schickt der Verfasser folgende Thesen voraus:

> das Recht ist, wie das Naturrecht des vorigen Jahrhunderts lehrte, ein absolutes;
>
> das Recht ist, wie die geschichtliche Schule lehrt, geschichtlich entstanden;
>
> seine Entstehung hat aber nicht stattgefunden in und mit irgend einem Volk, sondern das Recht entstand und konnte nur entstehen bei einem Verein von Menschen, der kein Volk war.

Mit andern Worten:

> das absolute Recht ist das römische. S. 35 und 82.

Um eine sichere Grundlage für seine Beweisführung zu gewinnen, untersucht der Verfasser zunächst den Begriff: Volk. Er findet alles Bisherige, namentlich die Ausführungen von Puchta und Stahl sehr ungenügend und preist die „Großheit" Savigny's, der sich dem Problem gegenüber mit der einfachen Erklärung begnüge, daß soweit die Geschichte des Menschengeschlechts reiche, wir der Trennung des Menschengeschlechts in Völker begegneten. Erst jetzt, sagt der Verfasser, nachdem uns die Geschichte der Natur bekannt zu werden begonnen hat, ist es möglich geworden, die Genesis der Menschheit und der Volksindividuen zu begreifen. Es folgt nun ein Abriß der Entstehungsgeschichte der Erde nach Burmeister; wir erfahren, daß der Mensch, als er entstehen konnte, an allen Punkten der Erde, die überhaupt von Menschen bewohnt sind, entstehen mußte. Hieraus erklären sich die Abarten des Menschengeschlechts, welche sich bildeten, theils durch den ursprünglichen Typus, theils durch den Einfluß der Umgebung beim ersten Entstehen. Dieser Stempel ursprünglicher Individualität ist unvertilgbar, die Versetzung unter anderartige Medien habe, wie die Erfahrung beweist, nur eine abschleifende Einwirkung, auch die Vermischung der Racen habe nur scheinbar Neubildungen hervorgebracht, denn die Mischlingsrace trage die alten Elemente modifi-

cirt in sich und verliere sich durch Vermischung mit Individuen der reinen Race nach mehreren Generationen zum Charakter der alten reinen Race zurück. So sind wir ohne Umwege zu dem Begriffe des Volks gelangt, welches in Folge gemeinschaftlicher Abstammung von einem zu dem gleichen Varietätenkreise gehörigen Paar ein organisches Ganze ausmacht, und sich später in Stämme theilt. Die Einheit ist nicht bloß eine physische, sondern auch eine psychische, welche ebenfalls durch Zeugung, weiter durch die Familie und durch die Erziehung vermittelt wird. Die Tradition ist es, welche die Vererbung des geistigen Nationaleigenthums bewirkt, weil der Wechsel der Geschlechter allmählich eintritt. Die Sprache ist das Mittel der Tradition, dagegen wird ihr Inhalt gebildet durch Religion, Sagen, Sitte und Recht. Zwar muß ein einzelnes Subject als erster Finder und Schöffe der verschiedenen Rechtsnormen angenommen werden; dieser ist aber nur Organ des Ganzen, und so verliert sich das Bewußtseyn dieses Ursprungs. Im Laufe der Zeiten tritt eine Periode des Schwachwerdens ein, der Volksgeist lebt sich aus, dann zeigt sich das Bedürfniß der Aufzeichnung und es entstehen Rechtsbücher. S. 36—82.

Ehe der Verfasser sich zu den Römern wendet, wirft er von dem gewonnenen Standpunkte aus einen Blick auf die frühere Menschheitsgeschichte. Er findet, daß die eigentlichen Autochthonen, diejenigen Völker, welche die Alten Skythen zu nennen pflegten, im Gegensatz zu den geschichtlichen Völkern ein bloß ethnologisches Interesse darbieten. Sie haben den Kreis ihrer Wanderungen auf enge Gränzen beschränkt und sind deßhalb geblieben was sie gewesen, nur die Chinesen haben es zu einer Art von Cultur und Dressur gebracht. Unter den geschichtlichen Nationen begegnen wir zunächst den Berbern und Semiten, welche eine Uebergangsstufe darstellen. Die Versetzung unter andere äußerliche Medien, als diejenigen unter welchen die ursprüngliche Concretion des Typus statgefunden, zeigt ihren umbildenden und wohlthätigen Einfluß, durch diese Wanderungen retteten sich die Volksindividuen aus der Gefahr localer Versumpfung; in den überwundenen Eingeborenen finden sie Werkzeuge der Arbeit, welcher jede Cultur erst ihr Entstehen verdankt. Die Sklaverei ist einer der größten Fortschritte gewesen, den die Menschheit gemacht hat; sie ist die erste Organisation der Arbeit gewesen, über welche das Alterthum

nicht hinausgekommen, sie hat die Freien zu dem Bewußtseyn der Manneswürde erhoben und den Grund zur bürgerlichen Gesellschaft gelegt, indem sie zum Betrieb freier Künste und Handwerke geführt. Noch weit kräftiger hat sich der geschilderte Einfluß der Wanderung, sowie die Vermischung geistig ausgestatteter Stämme bei den Indogermanen gezeigt, deren Ursitz der Himalaya gewesen und deren erste Fluthwelle die alten Aborigenen, sie durch einen bis an die Säulen des Herkules reichenden Keil spaltend, an den Nordrand Europa's und Asiens gepreßt hat, während die Autochthonen von Afrika in die Mitte und den Süden jenes Continents gedrängt wurden. Von den Völkerstämmen dieser Abkunft haben die Inder nach einer kräftigen heroischen Jugend einem frühzeitigen Greisenthum verfallen müssen, weil sie ihre Culturwelt nur auf den Trümmern autochthonischer Racen errichtet haben. Dagegen zeigten die Baktern, Meder und Perser zum erstenmal das Bild einer auf gegenseitiger Achtung beruhenden Mischung, die Blüthe des Griechenthums endlich erwuchs aus der Durchbringung verwandter Stämme und aus den Völkerwanderungen innerhalb des griechischen Mikrokosmos; darin aber, daß der Eine hellenische Volksgeist seine Concretion nur in den Stammgeistern gefunden, hat der Grund, wie zur Schönheit des griechischen Lebens, so zu seinem Untergange gelegen. S. 83—105.

In den Griechen hätten wir die letzte Stufe nationaler Entwicklung des Alterthums vor Augen, mit Rom beginnt der Bruch in diesem organischen Wachsthum; es ist, wie Hegel sagt, aus gewesen mit der Natürlichkeit des Geistes, die römische Welt hat die sittlichen Individuen in Banden geschlagen, sowie alle Götter und alle Geister in dem Pantheon der Weltherrschaft versammelt. Diese Bedeutung Roms kann nur dadurch erklärt werden, daß die Träger seiner Geschichte, im Gegensatz zu allen früheren, kein Volk, im Sinne eines organischen Naturganzen, gewesen. Diese nicht neue Bemerkung ist bisher nicht richtig gewürdigt. S. 106.

Der Verfasser versucht sich im weiteren Verfolge an einer Geschichte Roms, welche hier zu übergehen ist. In Betreff des Rechts unterscheidet er: 1) die Quiritisch-Patricische Rechtssitte: Fas; 2) das alle Bürger des römischen Stadtstaats bindende Recht: das Jus (civile); 3) das auf alle Angehörigen des römischen Reichs, d. i. der Welt, anwendbar gemachte Jus: das Jus

gentium, das Welt-Recht. S. 107—136. Das eigentliche Privatrecht ist in der römischen Plebs entstanden — dieser Menge Einzelner, welche aus dem politischen Verbande der Heimath herausgerissen, nach Rom versetzt, persönlich frei, aber ohne Theilnahme an den öffentlichen Angelegenheiten gewesen. So haben die Plebejer nur die Qualität als Mensch gehabt, der Begriff der Person ist somit ein geschichtlich und zwar in Rom entstandener. Die Person ist die Grundlage alles Rechts, eine Menge von Personen ist eine Menge gleicher Freier. Das Recht beruht hier auf den Grundlagen der Gleichheit und Freiheit. Ebenso hat Rom den Begriff der Sache, das Nichtich entdeckt, bei der alle Unterschiede ignorirt werden. Wir, die wir mit diesen beiden absoluten Begriffen von Person und Sache so geläufig rechnen, wie mit unsern Zahlen, können uns kaum eine Vorstellung davon machen, welche Energie des Verstandes, welche Stärke des Willens dazu gehört hat, um sie durch Abstraction zu finden. (S. 151—156.) Ein solches Recht hat des Gesetzes und der Juristen bedurft; das naturwüchsige Volksrecht kennt nur Rechtskundige und Rechtsbücher. Hierin liegt die Bedeutung der 12 Tafeln, das Recht ist geschichtlich durch Gesetz begründet, durch Gerichtsgebrauch und Wissenschaft nur ausgebildet. S. 165. Der Höhenpunkt des römischen Rechts ist das durch den Prätor ausgebildete Peregrinenrecht, d. h. das jus civile, dem die außerwesentliche civile Schale abgestreift worden, ein Product der Erfahrung, durch allmählige Entwickelung geschichtlich entstanden, welches als ein Amalgam von Gesetz und Gewohnheitsrecht im römischen Sinne (vgl. S. 159 flg.) betrachtet werden kann. S. 201, 202, 208. Dieß Peregrinenrecht hat das Civilrecht von Position zu Position aus der praktischen Geltung verdrängt und dadurch die Macht bewiesen, aller Zeiten und aller Orten zu herrschen, das Weltrecht zu seyn. S. 215.

In seiner Darlegung, welche sich über die Hauptpunkte der Geschichte des römischen Rechts bis Justinian speciell verbreitet, und auf den nichtrömischen Ursprung der meisten großen Juristen, welche aus „allerlei Volk„ berufen waren, hinweist, findet der Verfasser die Kritik sowohl des Naturrechts, als der historischen Schule. Die Einseitigkeit der letzteren besteht darin, daß sie keinen Unterschied zwischen Recht, als einem Theil des Kreises der Sitte, und Recht, als der Macht des menschlichen Willens, zu machen gewußt hat.

Und doch hat gerade der Heros der historischen Schule durch die That selber seine Lehre von der Vielgestaltigkeit des Rechts widerlegt, indem er die Mühen beinahe zweier Menschenalter, trotz aller Reverenzen und Aufmunterungen zur Bearbeitung aller Volksrechte, nur dem freien absoluten römischen Rechte zugewandt hat. Mit dem glücklichen divinatorischen Geist des Genie's hat er, beim Beginn seiner glänzenden Laufbahn, gerade in der Lehre den Schutt von dreizehn Jahrhunderten aufgeräumt, in der die Macht des Willens, als Quelle des Rechts, ihren primären Sieg feiert; wie Pallas, fertig, gepanzert, aus dem Haupte Kronions, entsprang aus seinem Geist, in den ersten Jahren unseres Säculums, in schöner Form wieder geboren, die absolute, d. i. die römische Lehre des Besitzes: ein Werk, dem seit den Arbeiten der classischen Juristen, weder vorher noch nachher, sich ein zweites civilistisches an die Seite setzen darf. S. 249.

Als praktische Conclusion seiner Abhandlung spricht der Verfasser aus: auch ich will novas tabulas. Das römische Recht ist nach Deutschland in sehr unvollkommener Form gekommen, aber so groß ist seine Gewalt gewesen, daß der gesunde deutsche Geist die naturalis ratio desselben naiv als ratio scripta aufgefaßt hat. Den Deutschen, als einer Nation hamletischer Theoretiker, ist die Aufgabe zugefallen, den überlieferten, massenhaften römischen Stoff zu sichten, zu ordnen und begrifflich zu fixiren. Diese Arbeit kann als vollendet betrachtet werden; nun ist es an der Zeit, die Codificationsfrage von neuem auf die Tagesordnung zu bringen, das Bedürfniß ist lebendiger als jemals. Diese Sanction darf aber nur Principien enthalten und kann demnach nichts anderes umfassen, als das römische Recht. S. 251—260.

So weit der Verfasser. Wenn ich meinerseits von vornherein erklären muß, daß ich die Ansichten des Verfassers in dem Hauptstück nicht theile, so hindert mich dieß keineswegs, die Schrift als eine bedeutsame Erscheinung anzuerkennen, die ihre volle Würdigung schon deßhalb finden muß, weil sie eine lange verstummte Frage, die Frage nach dem absoluten Recht, einmal wieder hervorzieht. Ueberdieß finden sich manche interessante und schlagende Bemerkungen über dieses und jenes Thema vor, welche insonderheit auf die deutsche juristische Jugend, der das Werk gewidmet ist, in förderlicher Weise wirken müssen. Der reichhaltige Inhalt, der

hier nur nach einer Seite hin näher besprochen werden soll, ist im Vorstehenden angedeutet. Man muß die außerordentlichen Schwierigkeiten bedenken, welche einem Werke, das in die Breite und in die Tiefe zugleich gehen muß, entgegenstehen, um trotz etwaiger Irrthümer im Einzelnen gerecht gegen das Ganze der Leistung zu seyn, obschon freilich der Verfasser theils durch die übertriebenen Erwartungen von dem Erfolge seines Werks, die er in der naivsten Weise ausspricht, [1]) theils durch die unter glücklicher Benutzung von Reminiscenzen zwar anregende aber ebenso sehr auch Anstoß erregende Sprache (z. B. S. 78, 83, 192, 310) die Kritik auf das entschiedenste herausfordert.

In einer sehr bestimmten Beziehung zu der gegenwärtigen Schrift steht das kürzlich erschienene Buch von Schmidt: „Der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte.“ Beide Verfasser können als die Philosophen der historischen Schule betrachtet werden, Schmidt nach der germanistischen, Lenz, obwohl Gans Schüler, nach der romanistischen Seite hin; beide aber werden sich am meisten von denen abgestoßen fühlen, deren Lehre sie auf die philosophische Formel zu bringen sich bemüht haben. Dieß hängt mit einer Thatsache zusammen, die eine neckische Laune der Geschichte zu seyn scheint. Es ist nicht zu bezweifeln, daß Freiheit und Gleichheit die Eckteine des römischen Privatrechts sind, gleichwohl sind es gerade die Romanisten, die in den Kämpfen der Gegenwart die Consequenzen dieses Princips verwerfen. Ebenso ist es unzweifelhaft, daß das deutsche Recht des Mittelalters auf objectiver Gebundenheit und Ungleichheit der Personen beruht; gleichwohl sind es gerade die Germanisten, welche

---

[1]) S. V: „wenn dasjenige, was ich Namenloser über die geschichtliche Entstehung des Rechts entwickelt habe, wahr ist, so muß die gegenwärtige Schrift eine Revolution auf dem Gebiete des Privatrechts herbeiführen und die Grundlage zu einer neuen nova methodus docendae discendaeque jurisprudentiae werden.“ S. VI: „die Germanisten, denen ich, so zu sagen, den Boden unter den Füßen wegziehe“ rc. S. 26: „ es wird dieselbe Kritik seyn, die auch die historische Schule richten soll.“ S. 9: „die Saat ist reif geworden, und wenn die Zeit erfüllt ist, erscheint der Messias jeder weltgeschichtlichen That.“ Indessen s. auch S. 246: „liebenswürdige Bescheidenheit ist das charakteristische Kennzeichen wahrer Größe.“

aus den Fesseln ständischer Gliederung und was dahin gehört, uns zu befreien sich bemühen. Die Philosophen beider Fractionen der historischen Schule haben endlich die richtige Position eingenommen und dadurch die Situation um ein gut Theil klarer gemacht. Es zeigt sich nun, daß die historische Schule, deren romanistische Section das römische Recht, dieses Grab antiker Naturwüchsigkeit, und deren germanistische Section den modernen Staat, dieses Grab mittelalterlicher Naturwüchsigkeit, zum Gegenstand des Cultus gemacht, ihren eigenen Gegensatz großgezogen hat und, diesen Zwiespalt im Herzen, über sich selbst, d. h. über das Princip der Naturwüchsigkeit hinausweist. Dieß Verhältniß bestimmt die Stellung des Verfassers zu den Romanisten, er ist Anhänger und Gegner zugleich; Anhänger, insofern er das römische Recht als das absolute Recht ansieht, Gegner, insofern er es hervorgehen läßt, nicht aus dem Volksthum, sondern aus dem bewußten Willen der Römer. Diese Doppelstellung zeigt sich auch in den persönlichen Beziehungen auf charakteristische Weise: je größer die Verehrung ist, die er Savigny darzubringen sich genöthigt sieht, desto lebhafter spricht er die Mißachtung aus, mit der er, ein ächter Schüler Gans, sich an den Jüngern des Meisters schadlos hält.

Der Kern der Ansichten des Verfassers ist in jenen drei Thesen enthalten, welche einer näheren Betrachtung zu unterziehen sind.

Was die erste betrifft, welche die Existenz eines absoluten Rechts ausspricht, so stimme ich derselben bei, in welchem Sinne, werde ich unten zu entwickeln versuchen. Daß aber der Verfasser sich gar nicht darüber erklärt hat, wie er die Idee des Absoluten und näher das absolute Recht aufzufassen gemeint ist, das ist ein Hauptmangel des Buchs. Wie ist es möglich, einen solchen Satz nur aufzustellen, oder gar auf Billigung, selbst nur auf Eröffnung einer Debatte zu rechnen, wenn man die Qualität, um welche es sich handelt, nicht begrifflich bestimmt! Der Verfasser sagt in der Einleitung, daß das alte Naturrecht das absolute Recht als ewiges, für alle Menschen geltendes, an Ort und Zeit nicht gebundenes statuirt habe. Die Geringschätzung, mit der er von diesem Naturrecht spricht und der geschichtliche Standpunkt des Verfassers schließen die Annahme aus, daß er die Idee des ab-

soluten Rechts in diesem Sinne aufgefaßt wissen will. Sollte aber dennoch dieß der Standpunkt des Verfassers seyn, so hätte er seinen Lesern nicht vorenthalten sollen, wie er den Widerspruch, daß das Absolute, Ewige einen Anfang in der Zeit genommen, aufzulösen gedenkt. Nicht minder erklärt er sich gegen den Versuch, das absolute Recht auf dem Wege der vergleichenden Jurisprudenz zu gewinnen, sowie gegen die Begriffsentwickelung bei Hegel und Gans. Es wäre also seine Pflicht gewesen, etwas anderes an die Stelle des Verworfenen zu setzen. Indem er das römische Recht für das absolute erklärt, legt er demselben eine Eigenschaft bei, und muß entwickeln was es mit dieser Eigenschaft für eine Bewandtniß habe, er kann nicht etwa sagen, wir kennen nun das absolute Recht genau: es ist das römische; dieß wäre eine petitio principii, eine solche Deduction würde nur dann zulässig seyn, wenn der zu beweisende Satz anderweit bereits vollständig bewiesen wäre und feststünde.

Seine zweite Thesis lautet: das (absolute) Recht ist geschichtlich entstanden. Auch dieser Behauptung stimme ich, wie sich später ergeben wird, bei; im vorliegenden Werk schwebt sie, eben weil der Begriff des Absoluten fehlt, ziemlich in der Luft.

Die dritte Thesis: das absolute Recht ist das römische, leidet nun ebenfalls, abgesehen davon, daß dem Leser überlassen bleibt sich das Absolute selbst zu construiren, an völliger Beweislosigkeit. Mit Erstaunen habe ich ein Buch aus der Hand gelegt, das da schließt, wo die Hauptthätigkeit des Verfassers erst beginnen müßte. Der Beweis ist nicht einmal angetreten, geschweige denn geführt. Allerdings kommen Aeußerungen vor, welche zu dieser Beweisführung dienen konnten, allein auch diese finden sich nur gelegentlich und zerstreut vor, ohne irgendwie zusammengestellt und zu diesem Zweck mit Nachdruck hervorgehoben zu seyn. Ich meine namentlich folgende: 1) das römische Volk war kein Volk im Sinn eines organischen Naturganzen, insbesondere stellen sich die Plebejer, die eigentlichen Schöpfer des römischen Rechts, als reine Privatmenschen, als Personen, wie sie das Privatrecht voraussetzt, dar; 2) die Römer haben die Grundlagen des Privatrechts, den abstracten Begriff der Person und der Sache entdeckt und in die Geisteswelt eingeführt; 3) die moderne Welt hat ohne Umschweife das römische Recht als ratio scripta anerkannt. Mit diesen drei

Punkten, hinsichtlich deren übrigens der Verfasser die Vaterschaft selbst nicht in Anspruch nimmt, hat es seine Richtigkeit, allein sie genügen nicht zur Einbringung des Beweises. Die erste Behauptung beweist nur, daß die Römer geschickt waren ein absolutes Recht zu schaffen, also die Möglichkeit, nicht die Wirklichkeit; die zweite führt uns ein großartiges Verdienst der Römer vor Augen; mit der Person oder Sache haben wir viel, aber nicht alles; die zuletzt angeführte Thatsache ist merkwürdig genug und offenbar ein nicht verwerfliches Beweismittel. Das deutsche Volk, welches beinahe ein Jahrtausend hindurch ein eigenes Rechts- und Staatsleben geführt und den Gipfel seiner politischen Macht erreicht hatte, entäußert sich eines Theiles seines geistigen Organismus, um ein Stück eines fremden Körpers, das Recht einer längst untergegangenen Nation in Bausch und Bogen in sich aufzunehmen. Es steht dieß Ereigniß ohne Beispiel in der Geschichte da, und es gehörte die ganze Universalität und Zähigkeit des deutschen Geistes dazu, um eine Operation, die für jedes Individuum todbringend ist, glücklich zu überstehen. Wir müssen also zugeben, daß dem römischen Recht eine unvergängliche Lebensfähigkeit, eine unübertreffliche Güte, eine unermeßliche Ueberlegenheit innegewohnt haben muß. Der Verfasser würde demnach vollkommen berechtigt gewesen seyn, dem römischen Recht, gegenüber den damaligen Rechtszuständen des deutschen Volkes und überhaupt der modernen Völker, die Eigenschaft des absoluten Rechts zuzuschreiben. Ganz anders stellt sich aber die Sache auf dem Standpunkt der Gegenwart. Wir haben im Verlauf der Jahrhunderte unterscheiden gelernt zwischen dem Vergänglichen und Unvergänglichen im römischen Recht; ersteres haben wir uns angeeignet, letzteres haben wir abgestoßen, mit einem Wort: das römische Recht ist germanisirt worden. Hier ist nun recht eigentlich der Punkt, wo der Verfasser, in das Detail des heutigen Rechts eingehend, den Haken einsetzen und das heutige Recht durch den Beweis, daß diese Germanisirung von Uebel gewesen, hätte zerfleischen müssen, wenn er den Beweis seiner freilich unmöglichen Behauptung hätte führen wollen. Die Lage der Sache ist in dieser Beziehung so klar, daß wenige Worte genügen werden. Derjenige Theil des römischen Rechts, der anerkanntermaßen der vorzüglichste ist und für die am wenigsten umgewandelten gilt, ist das Obligationenrecht.

Was ist nun aus diesem römischen Obligationenrecht unter der Arbeit späterer Jahrhunderte geworden? Der Mittelpunkt des römischen Systems ist die Stipulation, die Stipulation ist ein Verbalcontract, die Verbalcontracte sind mit den Römern untergegangen, das römische Obligationenrecht als solches ist also ein Gebäude ohne Fundament. Diese Schlußfolgerung ist unwiderleglich. Wenn man freilich unsere Lehrbücher ansieht, so sollte man glauben, Stipulation, Novation, Delegation, Expromission und wie die Arten des Verbalcontracts weiter heißen mögen, seyen noch heutzutage lebendige Rechtsinstitute, während sie nun an die fünfzehnhundert Jahre im Grabe liegen, aber es ist ja mit unserer Wissenschaft dahin gekommen, daß wir das Todte von dem Lebendigen nicht mehr zu unterscheiden wissen. Man wird vielleicht einwenden, das römische Recht kenne ja auch das Pactum, allein die Theorie des Pactums ist, weil ihm die Hauptkraft, die Klage fehlt, unbrauchbar und überdieß dürftig ausgebildet. Nehmen wir hinzu, daß die Innominatcontracte in ihrer Wesenheit völlig umgewandelt sind, so überzeugen wir uns, daß die Basis des heutigen Obligationenrechts eine selbständige Schöpfung des germanischen Geistes ist. Aber hiemit noch nicht genug: eine überaus wichtige Rolle bei Eingehung von Verträgen spielt die Stellvertretung, namentlich im Verkehr unserer Tage. Nun hat aber Buchka schlagend nachgewiesen, daß die römische Lehre in dieser Beziehung völlig über den Haufen geworfen und die heutige Grundlage derselben unser Werk ist. Ferner ist die Uebertragung der Forderungen und Schulden, welche durch Rechtsgeschäfte von ausnehmend häufigem Gebrauche vermittelt werden, jetzt, wie ich mich in der Schrift über die Uebernahme fremder Schulden nachzuweisen bemüht habe, auf das Princip der Succession, welches den Römern unbekannt gewesen, gegründet, ja es hat sich auf dieser modernen Grundlage ein ganz neues selbständiges Rechtsinstitut, die Uebernahme der Schulden neben der Cession der Forderungen ausgebildet. Das Register dieser völligen Umschaffungen des römischen Rechts auf diesem und auf anderen Gebieten wird, wenn nicht alle Zeichen trügen, in der nächsten Zeit noch um verschiedene Nummern vermehrt werden und noch mancher s. g. Irrthum der Neuern als Product deutscher Schöpfungskraft sich erweisen. Werfen wir noch einen Blick auf diejenigen Rechtsbildungen, welche anerkannter-

maßen neu sind, das Wechselrecht, welches jetzt nicht mehr als Standesrecht angesehen werden darf, das See- und Handelsrecht, das Pfändungsrecht, das Recht der Actiengesellschaften, das Verlags- und Autorrecht; fassen wir diejenigen Materien ins Auge, welche die Wissenschaft fast ganz selbständig geschaffen hat: die Lehre von der örtlichen Collision der Rechte, von den bürgerlichen Ehen, von den juristischen Personen u. s. f., so wird man sich der Ueberzeugung nicht verschließen können, daß wir aus dem römischen Kleide durch eigene Kraft herausgewachsen sind und dasselbe an allen Theilen gesprengt haben; wir werden nicht aufhören die Römer zu bewundern, aber wir werden ebensosehr über die schöpferische Kraft unseres eigenen Geistes erstaunen. Folgen wir dagegen unserem Verfasser, der in das projectirte deutsche Gesetzbuch das reine römische Recht und nur das römische Recht aufgenommen wissen will, so müssen wir nicht nur unsere bisherigen eigenen Erzeugnisse über Bord werfen, sondern auch für die Zukunft uns durch einen Act der Selbstentmannung zur ferneren Production unfähig machen. —

Mit den gerügten Mängeln der Schrift hängen wohl einige seltsame Widersprüche in derselben zusammen. Der Verfasser macht der historischen Schule den Vorwurf, daß sie „in geschichtlich Untergegangenem das Absolute gefunden und sich mit Verläugnung des Geistes der eigenen unbegriffenen Gegenwart in die Vergangenheit geflüchtet“ habe. Sieht der Verfasser denn nicht, daß er diese „Emigration in der Vergangenheit“ bis zum Exceß treibt? Savigny und seine Schüler erkennen doch an, daß das römische Recht in einigen Stücken „modificirt“ sey, der Verfasser aber will ja nur römisches Recht zur Geltung kommen lassen (S. 259) und erklärt selbst, daß er romanistischer sey als die Romanisten S. VI. Er geht von der unbestreitbar richtigen Ansicht aus, daß die Vermischung begabter Stämme und die Wanderungen der Völker das wichtigste Culturelement seyen; er erwähnt selbst, daß die neuere Zeit durch den „großartigsten Mischungsproceß der Völkerwanderung eine geistige Wiedergeburt“ erfahren habe. S. 28. Mußte sich ihm nun nicht die Ueberzeugung aufdrängen, daß auch das Recht durch diese Wiedergeburt verjüngt sey? Gleichwohl ist ihm nur das römische Recht das absolute, gleichwohl beschränkt er alles Verdienst der späteren Zeit um das Recht auf „Formgebung“ und

sieht mit Verachtung auf das „wunderbare Aggregat eines s. g. gemeinen Rechts" herab. S. 252, 257. Er bedauert die durch die historische Schule immer tiefer gewordene Spaltung zwischen Theorie und Praxis, ohne inne zu werden, daß sein Standpunkt den Riß unheilbar machen würde. Er meint endlich, daß Savigny und seine Anhänger in ihrem Streben nach Reinigung und Restauration des römischen Rechts gegen alle Gegner das Feld behauptet hätten und zur Zeit die wissenschaftliche Alleinherrschaft ausübten, S. 10; gleichwohl verspricht er sich von seinem Werk, das doch nur die philosophische Rechtfertigung dessen seyn kann, was jene gethan haben und thun, nämlich das römische Recht zum absoluten Maßstabe zu machen, eine „Revolution auf dem Gebiete des Privatrechts!" —

Durch Darlegung meiner eigenen Ansicht stelle ich nach dem Vorgange des Verfassers ebenfalls drei Sätze auf: 1) es gibt ein absolutes Recht; 2) das absolute Recht entsteht geschichtlich; 3) das absolute Recht ist das Recht der Gegenwart. — Um den Begriff des absoluten Rechts festzustellen, haben wir zunächst sein Verhältniß zum positiven Recht zu untersuchen. Letzteres ist dasjenige Recht, welches zu einer bestimmten Zeit einem bestimmten Volk gilt, und deßhalb, ganz abgesehen von seinem inneren Werth, angewendet wird. Der Jurist als solcher kennt nur das positive Recht, für ihn kann es kein absolutes Recht geben. Das absolute Recht dagegen ist dasjenige, was Rechtens seyn soll. Der Inhalt beider kann derselbe, er kann aber auch verschieden seyn. Auch selbst in dem glücklichen Zustande, wo alles was Rechtens seyn soll, auch Rechtens ist, bleibt übrigens der Unterschied der Betrachtung des Stoffes bestehen; einmal wird dargethan, daß etwas gilt, das anderemal, warum es gilt. In der Regel wird nun aber eine Differenz stattfinden, und diese eben besteht darin daß das absolute Recht die sich vorbereitenden Reformen mitumfaßt, während es andererseits die absterbenden Stücke des positiven Rechts nicht mit umfaßt. Das absolute Recht ist also dasjenige, mit dem es der Philosoph, der Staatsmann, der Gesetzgeber zu thun hat. Wie aber verhält sich das absolute Recht zur Geschichte? Hier glaube ich, hat Gans das Richtige mit dem Wort getroffen: jede Zeit hat ihr Naturrecht. Die Idee des Absoluten wird selbst in den geschichtlichen Fluß hineingerissen, es kann nichts un-

geschichtlich seyn, auch nicht das Absolute. Reden wir daher von einem Absoluten schlechthin, so können wir nur das meinen, was für uns gerade jetzt und gerade hier Rechtens seyn soll. Wie entsteht nun dieses absolute Recht? Genau so, wie das positive Recht. Wenn es gewiß ist, daß der Sitz der Rechtserzeugung im Volk ist, wenn es ferner gewiß ist, daß das Leben des Volkes einer organischen Fortentwickelung fähig und unterworfen ist, so ist es ebenso gewiß, daß es nicht bloß fertige, sondern auch werdende Volksüberzeugungen gibt, welche noch nicht zur Verwirklichung gekommen sind, entweder weil sie innerlich noch nicht zur Reife gediehen, oder weil sie äußerlich durch die Zähigkeit des Bestehenden zurückgehalten sind. Alles positive Recht ist in dieser Art entstanden, daß es zunächst als ein Seynsollendes aufgetreten. Selbst innerhalb des Kreises unmittelbarer Rechtssitte lassen sich diese beiden Stadien unterscheiden, denn der „erste Schöffe oder Finder" der einzelnen Satzung war eben deßhalb Organ des Ganzen, weil er das aussprach, was instinctmäßig alle wollten. Das absolute Recht ist also der Inbegriff dessen, was nach Ansicht einer bestimmten Zeit und eines bestimmten Volkes oder eines Aggregats von Völkern die vollendete Rechtsordnung ausmacht.

Diese Auffassung steht vollkommen auf geschichtlichem Boden, sie schließt sich unmittelbar an die geschichtliche Ansicht über Entstehung des Rechts an. Jeder Gedanke an subjectives Belieben und untergeordnete Zweckmäßigkeitsgründe ist ausgeschlossen. Nur die Forderung an Gegenwart und Zukunft wird sich durchzusetzen im Stande seyn, welche als Ergebniß der geschichtlichen Entwickelung zu betrachten ist, welche über geschichtliche Nothwendigkeit und Entstehung sich auszuweisen vermag.

Betrachten wir auf diesem Standpunkte das Privatrecht der Gegenwart, und erwägen wir dabei, daß das Privatrecht ein Gebiet ist, welches den Schwankungen der Tagesmeinung am allerwenigsten unterworfen ist und der Ungeduld des Bessermachenwollens am entschiedensten sich entzieht, so werden wir behaupten können, daß im Ganzen und Großen genommen das absolute Recht wie das positive Recht sich decken. Nur die Codificationsfrage und die Behandlung der Particular- und Provincialrechte sind es, welche als ungelöste Probleme unserer Zeit vorschweben,

diese aber betreffen weit mehr die Form als den Inhalt. Dieses Privatrecht der Gegenwart ist aber nicht das römische Recht, wie oben am Obligationenrecht beispielsweise gezeigt ist, es ist auch nicht das germanische Recht, was niemand — freilich gegen seine Absicht — klarer als Schmidt gezeigt hat, es ist aber auch endlich nicht eine mechanische Vermischung römischer und germanischer Elemente. Daß dieß nicht der Fall seyn kann, wird jedem klar seyn, der sich der Ausführungen von Schmidt erinnert. Wenn die principiellen Grundlagen in einem so diametralen Gegensatz stehen, wie in der römischen und germanischen Rechtswelt, so ist ein äußerliches Nebeneinanderbestehen beider Rechtskörper völlig undenkbar; sie müssen sich auf Tod und Leben bekämpfen, bis ein Element das andere überwunden oder beide sich an einander zerrieben haben und ein Drittes aus dem Kampfe sich erzeugt hat, in welchem die Gegensätze zur Versöhnung gelangen. Diese höhere Einheit ist nun auf dem Gebiete des Privatrechts in der That bereits vorhanden und bildet das Privatrecht der Gegenwart. Das Privatrecht der Gegenwart ist daher weder römisch noch germanisch, es ist eine selbständige Schöpfung des modernen Geistes.

Daß dem nun so ist, daß das Privatrecht uns materiell wirklich befriedigt, das verdanken wir allerdings zum großen Theil dem römischen Recht, und in diesem Sinne müssen wir vielen Ausführungen des Verfassers volle Gerechtigkeit widerfahren lassen. Auf einen Punkt muß hier besonders hingewiesen werden. Das germanische Recht, aus der Unmittelbarkeit der Volkssitte hervorgegangen, war kein Privatrecht, es kannte weder die reine Person noch die reine Sache, es war eine trübe Mischung des öffentlichen und Privatrechts. Gerade umgekehrt hatte das römische Recht, aus dem zum Bewußtseyn gekommenen menschlichen Willen hervorgegangen, die Ungleichheit der Menschen- und Naturgegensätze überwunden und zum wahren Privatrecht sich erhoben. Hierin liegt, wie ich glaube, das Geheimniß der Reception des römischen Rechts; sie hatte die Bedeutung der Emancipation des Subjects auf dem Gebiete des Privatrechts, weßhalb sie auch mit den religiösen Entwickelungen verwandter Art geschichtlich zusammenfällt. Die Einführung des römischen Rechts ist die Einführung des Privatrechts überhaupt. Auf diese

Eigenthümlichkeit des römischen Rechts, insbesondere auf die Entstehung desselben durch das Gesetz im Gegensatz zur Sitte, mit aller Energie und zwar nicht als Verächter, sondern als Verehrer hingewiesen zu haben, ist Hauptverdienst des Verfassers.

Aber das römische Recht war zugleich das Recht einer bestimmten Nation, es steckte, wie es uns überliefert worden, noch gewaltig tief in jener „civilen Schale", in die es, wie denn auch der Verfasser zugeben muß, eingehüllt war. Diese nationalen Schranken, welche dem römischen Recht deutlich genug gesetzt sind, zu durchbrechen, zu gleicher Zeit die germanischen Eigenthümlichkeiten, soweit sie wahrhaft privatrechtlicher Natur sind, zur Geltung zu bringen, und endlich da, wo die Versöhnung und Herstellung des lebendigen Zusammenhanges beider Elemente es verlangte, neue Grundlagen zu schaffen — das war die Aufgabe des modernen Geistes. Die eigentliche Werkstätte, in welcher diese Arbeit mit Feuer und Hammerkraft vollzogen wurde, ist das Zeitalter der Glossatoren, Postglossatoren und älteren Praktiker. Es ist endlich Zeit, daß wir dieser Geburtsstätte des heutigen Rechts unsere Aufmerksamkeit und unseren Fleiß in diesem Sinne wieder zuwenden, daß wir aufhören eine Zeit geringzuschätzen, die wir nicht verstanden haben, freilich großentheils deßhalb nicht verstanden haben, weil sie sich selbst nicht verstanden hat. Es ist nicht zu verhehlen, daß die gegenwärtige Wissenschaft ihre Aufgabe verkennt, wenn sie, die Vermittlung zwischen beiden Elementen bei Seite schiebend, sich gerade dem ausschließlich zuwendet, was unvermittelt bleiben mußte, weil es der nationalen Besonderheit angehört, und was deßhalb nicht der Gegenwart, sondern der Geschichte anheimfällt. Diese Stellung der Wissenschaft charakterisirt sich am schärfsten in jener vollständigen Trennung der Disciplinen, jener Theilung der Arbeit zwischen Romanisten und Germanisten. Diese Behandlung der Wissenschaft hat ihre Zeit und ihr Recht gehabt, gegenwärtig hat sie sich überlebt. Das Recht, wie es im Volk lebt und vom Volk geübt wird, ist ein in sich einiges, und diese materiell bereits vorhandene Einheit muß auch in der Wissenschaft zur Erscheinung gelangen. Wir müssen nur freilich die germanischen Elemente nicht ausschließlich in den Lehrbüchern des deutschen Privatrechts und die römischen Elemente nicht ausschließlich in den Lehrbüchern des römischen Rechtes suchen, sondern aus der lebendigen Quelle des

wirklichen Rechtslebens die Elemente des Rechts der Gegenwart schöpfen, wobei wir immer mehr die Erfahrung machen werden, daß die wichtigsten Principien in den s. g. Modificationen des römischen Rechts und in den s. g. Irrthümern der Neuern ein allzu bescheidenes Plätzchen gefunden haben. Wir müssen nur ferner kein Bedenken tragen, alle Stücke des s. g. deutschen Privatrechts, welche nicht in Wahrheit die Natur des gemeinen Rechts haben, und alle Stücke des römischen Rechts, welche durch den Zersetzungsproceß der Jahrhunderte aus dem Rechtskörper unserer Zeit ausgeschieden sind, der Rechtsgeschichte zu überweisen. —

Möge die Zeit dieser schon oft geforderten Regeneration nicht mehr fern seyn. Wenn es wahr ist, daß wir in Schmidt den Philosophen des Germanismus und in Lenz den Philosophen des Romanismus gefunden haben, so mögen wir uns des classischen, auch von unserem Verfasser citirten Worts von Hegel getrösten: wenn die Philosophie ihr Grau in Grau malt, dann ist eine Gestalt des Lebens alt geworden, und mit Grau in Grau läßt sie sich nicht verjüngen sondern nur erkennen, die Eule der Minerva beginnt erst mit der einbrechenden Dämmerung ihren Flug.

Bergen auf Rügen, März 1854.

Barth. Delbrück,
Kreisrichter.

VI.

Kurze Anzeigen.

1) *Statuta jurium municipalium Saxonum in Transsilvania.* Das Eigen Landrecht der Siebenbürger Sachsen, bearbeitet von Friedrich Schuler von Libloy. Hermannstadt 1853.

Wir begrüßen die aus Siebenbürgen uns zugekommene Mittheilung dieses Rechtsbuches als ein erfreuliches Zeichen der Fortschritte, welche die historische Rechtswissenschaft in Oesterreich in neuester Zeit macht. Das lateinisch geschriebene Statutenbuch ist im Jahr 1560 von dem Pfarrer und Notar Thomas Bommel angelegt, von dem Senator Mathias Fronius in Kronstadt 1570 überarbeitet, in den Nationalversammlungen der siebenbürgischen Sachsen geprüft und gutgeheißen und 1582 dem ungarischen Könige Stephan Báthory zur Bestätigung vorgelegt worden. Die königliche Bestätigung erfolgte am 18 Febr. 1583. Das Buch ist von dem Herausgeber mit einem deutschen Commentar ausgestattet, welcher von dem regen und fruchtbaren Streben des Verfassers zeugt, den Zusammenhang der siebenbürgisch-sächsischen Rechtsbildung mit der Gesammtentwicklung des deutschen Rechts zu erforschen und die Aufklärungen der deutschen Rechtswissenschaft auch für die vereinzelte Pflanzung deutscher Cultur in dem entlegenen Osten zu benutzen. Ueberdem hat er dasselbe mit mancherlei Beigaben, zum Theil auch mit andern deutschen Statuten und Gesetzen bereichert.

Von der Art ist das politische Statut des Hermannstädter Gemeinwesens vom Jahr 1698, aus welchem sich die republikanische

Verfassung der Colonie und merkwürdige Freiheiten und Rechte der Sachsen ergeben. Die Gründung deutscher Gemeinden in Siebenbürgen wird darin dem Streben der ungarischen Könige Geysa I, Stephan dem Heiligen und Geysa II zugeschrieben, das Christenthum und die bürgerliche Civilisation in diesen Ländern zu befestigen und zu verbreiten. Die Eingewanderten waren großentheils Niedersachsen und durchweg freie Bürger. Mit Stolz gedenken sie ihrer Abstammung von dem „allgemeinen Vater der Deutschen, dem Thuisco.“ Ihre Wohnsitze sind aus der ungarischen Gerichtsbarkeit „gänzlich ausgehoben.“ Ungarische Edelleute dürfen weder Häuser noch Güter in ihrem gefreiten Bezirke erwerben. Sie nehmen aber auch keine Leibeigenen in ihr Bürgerrecht auf, und Fremde („als Ratzen, Wallachen, Winden, Kroaten, Böhmen, Spanier, Franzosen, Wälsche, Pollaken, Unger, Moscoviten und dgl.“) nur in sehr seltenen Ausnahmefällen. Sie legen Werth darauf, die „Einigkeit und Reinheit des sächsischen Volkes unvermischt mit fremden Nationen“ zu erhalten. Der eingesessene Bürger („der bürgerlich gesessene Land- oder Stadtsaß“) darf daher ohne Zustimmung des Rathes auch nicht eine fremde Frau heirathen, bei Verlust des Bürgerrechts; noch darf ein Stadtbürger mit einem Fremden sich in handelsgesellschaftliche Verbindungen einlassen. Sie wählen ihre Räthe, den inneren und den äußeren Senat und die beiden obersten Magistrate, die Duumviri, in der Gemeinde der angesessenen Bürger (Hausväter). Der eine Duumvir heißt der Burgermeister, der andere der Königsrichter, jener hat in der Stadt (Hermannstadt, von einem Nürnberger Patricier Hermann so benannt), dieser auf dem Land den Vorrang. Der eine verwaltet vorzugsweise das Vermögen der Nation, der andere die Gerichtsbarkeit über die Bewohner. Jener präsidirt die Versammlungen der Gemeinde (die Universität) und des Senats, dieser übt die gräflichen Rechte aus und hält mit Zuziehung des Stuhlrichters Gericht. Beide controliren sich wechselseitig.

Das Rechtsbuch ist in IV Theile getheilt: 1) Gerichtsordnung, 2) Familien- und Erbrecht, 3) Obligationenrecht, 4) Strafrecht.

Als Beigabe des ersten Buchs sind eine Cridal- und eine Fallitenordnung mitgetheilt, welche im Jahr 1791 von

den siebenbürgischen Ständen angenommen worden. Die letztere ist für die Rechtsgeschichte der modernen Handelsgesellschaften von Interesse. Es werden die öffentlichen und die heimlichen (stillen) Gesellschafter unterschieden. Die erstern sind in der Firma entweder genannt oder in den Worten „und Compagnie" inbegriffen und haften den Gesellschaftsgläubigern in solidum, und auch dann noch, wenn sie aus der Gesellschaft heimlich, d. h. „ohne Vorwissen des Wechsel- und Mercantilgerichtes" ausgetreten sind und auch für später entstandene Forderungen den Gläubigern „welche ohne von der heimlichen Austretung — zu wissen, im Vertrauen auf die gerichtliche Protokollirung und die Handlungsfirma weiters fidiret hätten." (I. 4). Es wird auch da schon ausdrücklich anerkannt, daß die Privatgläubiger eines offenen Gesellschafters zwar wohl auf seinen Antheil an dem Handelsvermögen greifen dürfen, aber nur auf das „was dem Gesellschafter nach Abzug der Handlungsschulden annoch zu guten kömmt" (I. 11.); es gehen also die Handelsgläubiger, soweit das Gesellschaftsvermögen reicht, den Privatgläubigern der einzelnen Gesellschafter vor. Die heimlichen Gesellschafter (Commanditisten) sind dem Wechsel- und Mercantilgerichte namhaft zu machen und die Einlage-Capitalien (Commanditencapital), die Größe des Gewinn- und Verlustantheils, die Dauer des Vertrages zu Protokoll zu geben; sie sind aber insofern stille Gesellschafter, als ihr Name nicht in der Firma genannt, noch inbegriffen ist, weßhalb sie denn auch nur verbunden sind, ihr Capital zur Befriedigung der Handelsgläubiger in der Handlung zu lassen, aber nicht persönlich für die Schulden haften. (I. 5).

Ebenso sind die Bestimmungen dieser Fallitenordnung über die Beweiskraft der ordentlich geführten Handelsbücher und der Handwerksbücher beachtenswerth. Auch den ordentlichen Geschäftsbüchern der Krämer und der Handwerker nämlich, welche nicht in Form kaufmännischer Buchhaltung geführt sind, wird dennoch im gewohnten bürgerlichen Verkehr eine eigenthümliche — freilich beschränktere — Beweiskraft zugestanden. Es wird nämlich den Krämern und Handwerkern angesonnen, wenn sie ihre Waaren oder Arbeiten „auf Borg ausgeben," einen „Auszügel", d. h. einen Rechnungsauszug aus ihrem Buch zu verfassen, und dem Schuldner zu unterschriftlicher Anerkennung vorzulegen. Für

solche unterschriebene Auszüge wird schleuniges Recht gehalten, und die Execution angeordnet. Verweigert aber der Schuldner, dem der Auszug zur Unterschrift vorgelegt wird, die Unterschrift, und wendet sich der Gläubiger innerhalb eines Jahres, seitdem seine Forderung entstanden, mit seiner Klage an das Gericht, so wird in dieser Zeit noch dem ordentlich geführten Tagebuch desselben insoweit Glauben geschenkt, daß er zum Erfüllungseide zugelassen wird. Nach dieser Frist ist weitere Prüfung und sind weitere Beweise nöthig. (I. 12, 14).

Aus dem zweiten Buche des Stadt- und Landrechts selbst heben wir die Bestimmungen über die gesetzliche Erbfolge hervor, in denen die Mischung deutscher Grundsätze und römischer Autorität eine eigenthümliche Gestalt erhalten hat. Die unehelichen Kinder stehen in Erbverbindung mit ihrer Mutter und den mütterlichen Großeltern und selbst den mütterlichen Seitenverwandten, nicht aber mit dem Vater und den väterlichen Verwandten. (II. 2. §. 4, 5.). Hinterläßt ein Erblasser keine Nachkommen, so wird er zunächst von seinen Eltern beerbt, mit Ausschluß der Geschwister (II. 2. §. 6). Von da an aber denkt man sich die Verlassenschaft aus zwei Bestandtheilen bestehend. Wie das Blut im Erblasser in zwei Strömen von der Vater- und von der Mutterseite hergekommen ist, und gewöhnlich mit dem Blute auch das Gut, wie in ihm sich zwei verschiedene Familien geeinigt haben, so soll nun auch bei seinem Tode das Vermögen hinwieder nach diesen zwei Seiten und Richtungen hin vertheilt werden; und der eine väterliche Bestandtheil der Vaterseite, der andere mütterliche der Mutterseite zufallen. Der Ausdruck des Statuts in §. 7 deutet darauf hin, daß wenigstens der Versuch zu einer genetischen Ausscheidung dessen, was wirklich im einzelnen Fall von der Vater- oder der Mutterseite hergekommen, gemacht worden sey. Aber die Schwierigkeiten, die diese Untersuchung hat, und das Ungenügende ihres Resultats, indem doch regelmäßig ein Rest zurückbleibt, der weder von der Vater- noch von der Mutterseite abgeleitet worden, haben zu dem einfacheren und durchgreifenden Verfahren geführt, in allen Fällen $^2/_3$ der Verlassenschaft der Vaterseite und $^1/_3$ der Mutterseite zuzuscheiden. Es geschieht dieß auch dann, wenn die väterlichen und die mütterlichen Verwandten verschiedenen Parentelen angehören, und die

einen näher stehen als die andern. Nur innerhalb jeder der beiden Familien schließt der Nähere den Entferntern aus, nicht aber wird je die andere Familie durch die näheren Verwandten der einen Familie ausgeschlossen. Z. B. der Erblasser D hinterläßt einen väterlichen Halbbruder A und einen mütterlichen Onkel B oder den Sohn des B, den Vetter C. — A gehört noch zur väterlichen Parentel und steht da im ersten Gliede, B und C gehören zur großelterlichen Parentel, und stehen da im ersten und im zweiten Gliede. Dennoch empfängt A nur $^2/_3$ der Verlassenschaft, und B, oder wenn B todt ist, C $^1/_3$. (II. 2. §. 11.) Sind keine Blutserben da, so erbt das Gemeinwesen. Von einem eigentlichen Erbrechte der überlebenden Ehegatten weiß das siebenbürgische Recht nichts (II. 2. §. 13.), wohl aber nach Art der deutschen Rechte von dem Eherechte derselben.

Das Güterrecht der Ehegatten ist nach dem System der allgemeinen Gütergemeinschaft gebildet, und diese wird aus der Natur der Ehe selbst abgeleitet. II. 4. §. 1. „Quando quidem maritus ac uxor matrimonio in *communionem ut corporum ita omnium rerum* conveniant, merito quoque optima et aequa consuetudine suis facultatibus *mutuo* cum liberis eorum ad communem vitae necessitatem fruuntur, ac usu receptum est, ut ex universis bonis bes ad maritum, triens ad uxorem pertineat, omni dotis jure cessante." Die Gemeinschaft wird also nicht in der Form des Gesammteigenthums, sondern der des Miteigenthums, zu $^2/_3$ für den Mann und $^1/_3$ für die Frau gedacht. Dessen ungeachtet bleibt die Masse während der Ehe ungetheilt beisammen. Bei der Theilung nach dem Tode des einen Ehegatten bekommt aber der überlebende einen Voraus, als sein Eherecht. Die übrige Verlassenschaft zerfällt dann zu $^2/_3$ und $^1/_3$, je an die Erben des Verstorbenen und an den überlebenden Ehegatten. II. 4. §. 3 ff. Bei der Theilung der Erbschaft unter den Kindern hat der jüngste Sohn das Vorrecht auf Erwerb des väterlichen Wohnhauses um den Schätzungspreis, wenn keine Söhne da sind, auch die jüngste Tochter (II. 4. §. 11.). Was ein Kind aus dem gemeinen Gute zu seiner Ausstattung (zur Ehe oder Gründung eines eigenen Gewerbs) empfangen hat, wird ihm angerechnet, nicht aber was der Vater zu der Erziehung des Kindes, auch nicht was er für dessen Ausbildung in der

Fremde (z. B. auf Universitäten) verwendet hat, wenn nicht sich im einzelnen Falle ergibt, daß er die dafür nöthigen Summen bloß vorschußweise gegeben habe. (II. 4. §. 14 und 15.)

Testamente kennt das Statut; aber die Art, wie sie, abgesehen von römischen Redensarten, behandelt werden, erinnert sehr an das alte Gemächde. Die Testirfreiheit ist sehr beschränkt. Sind Kinder da, so muß ihnen $^2/_3$ der Erbschaft hinterlassen bleiben, ebenso den Eltern. Auch die Geschwister haben einen Pflichttheil; erst wenn die erbberechtigte Sippschaft ferner steht, wird die letztwillige Verfügung frei, und insbesondere dürfen dann die Ehegatten sich wechselseitig ihre Verlassenschaft vermachen (donare). (II. 4. §. 13.)

2) Die sogenannte Unverletzlichkeit der Landtags-Abgeordneten, ihre Verantwortlichkeit für gesetzwidrige Aeußerungen in der Kammer und ihr Schutz gegen das Einschreiten der Gerichte wegen anderer Verbrechen und Vergehen, aus den Institutionen aller nach dem Repräsentativ-System verfaßten Staaten entwickelt. Gießen 1853. 8. 85 S.

3) Herrmann. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit der Mitglieder der Stände-Versammlung im Archiv für Criminalrecht. Jahrg. 1853. S. 341—394.

Die beiden eben genannten Abhandlungen beschäftigen sich mit denjenigen staatsrechtl. Normen, welche man als „Gewähr der Mitglieder der Volksvertretung" zu bezeichnen pflegt, jedoch mit dem Unterschiede, daß die zuerst angeführte, wie der Titel schon andeutet, alle dahin gehörigen Vorschriften umfaßt, während die letzte sich auf die Beantwortung der Frage beschränkt, ob und in welchem Umfange Handlungen, welche, abgesehen von der ständischen Stellung ihrer Urheber, einem Delictsbegriffe entsprechen, diese Eigenschaft durch jene Stellung verlieren.

Die erste Abhandlung bespricht zuvörderst „die sogen. Unverletzlichkeit der Landtags-Abgeordneten", wie sie in einigen deutschen Verfassungen erwähnt wird, und glaubt dieselbe sey eine Erfindung der demokratischen franz. Verfassung von 1791, welche in monarchischen Staaten gar nicht am Platze sey. Freilich führt der Verfasser einige Seiten früher (5) selber an: „Allerdings sprachen und schrieben die deutschen Publicisten schon über die Un-

verletzlichkeit der Landstände, wie z. B. J. J. Moser . . ." und es ist daher nicht nöthig, die Unrichtigkeit der Behauptung weiter nachzuweisen. Wir geben aber auch unsererseits gerne zu, daß der Satz: „der Abgeordnete ist unverletzlich" ohne genauere gesetzliche Bestimmungen darüber, wie diese Eigenschaft verstanden und gesichert werde, praktisch ohne Werth sey.

Die Verantwortlichkeit der Abgeordneten für ihre Aeußerungen in Ausübung ihres Berufes wird von beiden Auctoren mit Recht als Regel angenommen. Die Gründe werden in der H.'schen Abhandlung klar und überzeugend entwickelt. Er zeigt nämlich, daß die Unverantwortlichkeit, wenn sie dem Volksvertreter von selbst zukommen soll, entweder auf eine subjective Verbrechensunfähigkeit der ständischen Personen als solcher, oder auf den Mangel objectiver Momente des Verbrechensbegriffs bei ständischen Handlungen gebaut werden müßte, daß aber weder die eine noch die andere dieser Bedingungen der Verantwortungsfreiheit beim Stände-Mitgliede zutreffe. In der letzteren Beziehung sey der Umstand, daß ein Ständemitglied ständische Rechtszuständigkeiten in ständischen Handlungsformen ausgeübt habe, allerdings ein Grund zur Nichtnahme des dolus, in so lange die Handlung in ihrer objectiven Seite nicht schlechthin rechtswidrig sey, ähnlich wie man bei sonstigen Excessen einer im öffentlichen Berufe zuständigen Aeußerungsfreiheit wie z. B. beim Anwalte schon längst dasselbe anerkannte. Der Verfasser führt eine Bestimmung des hannover'schen Verfassungsrechtes an, welche diesen Satz positiv ausspricht, lautend: „Jede Aeußerung eines Mitgliedes in der Versammlung über ständische Angelegenheiten soll immer die günstigste Auslegung erhalten." [1]) Es erscheint daher die Ausschließung

---

[1]) Von diesem Standpunkte aus ist der Proceß gegen die Mitglieder der aufgelösten churhessischen Ständeversammlung von 1850 zu beurtheilen. Auch das General-Auditoriat hat diese Grundsätze anerkannt und bemerkt: „Es muß dem berufsmäßigen ständischen Wirken ein freier, von außen unantastbarer, der Rechenschaft nach außen unzugänglicher Raum gesichert seyn, weil darin eine schlechthin nothwendige Vorbedingung fruchtbarer ständischer Berufserfüllung und heilsamer Entwicklung des Staatslebens überhaupt liegt u. s. w." Vgl. die angebliche Steuerverweigerung in Kurhessen und den Proceß gegen die Mitglieder der aufgelösten Ständeversammlung. Beleuchtet

jeder gerichtl. Verfolgung der von ständischen Personen in ihrem Berufe gemachten Aeußerungen, wie sie in mehreren Verfassungen ausdrücklich verfügt ist, als ein Privilegium, nicht als consequentes Recht. H. gesteht aber zu, wie er es für nothwendig erachte, daß die Handhabung der Strafgesetze nicht als Mittel diene, um die pflichtmäßige Treue und Hingebung in der ständischen Berufserfüllung zu lähmen. Ein solcher Mißbrauch der Strafgesetze könne aber entweder persönliche Gründe haben (und dann sey derselbe auch durch Privilegien nicht völlig zu heben), oder er könne aus der mangelhaften Beschaffenheit der Strafgesetze selbst erwachsen, wenn diese Delictsbegriffe feststellen, welche entweder der verpönten Aeußerung eine zu weite Ausdehnung geben, oder die Gränzen der Strafbarkeit unbestimmt lassen. Da wo die Strafgesetze an solchen Mängeln leiden, sey es allerdings gerechtfertigt, die daraus für die ständische Thätigkeit sich ergebenden Nachtheile durch Ertheilung von Privilegien zu beseitigen. Wir glauben noch weiter zur Rechtfertigung eines solchen Privilegiums anführen zu dürfen, daß gerade dadurch den etwaigen persönlichen Einflüssen auf die Erfüllung des Berufs eines Volksvertreters am wirksamsten begegnet werde, indem dadurch dem gewissenhaften Richter jeder Anlaß zu einer anscheinend tendentiösen Verfolgung entrückt ist, dem servilen dagegen die Möglichkeit benommen ist, sein Verfahren durch Scheingründe zu vertheidigen.

Daß H. das Privilegium der Unverantwortlichkeit da, wo es positiv ausgesprochen ist, als solches auch anerkenne, und in dem Umfange, in welchem es ertheilt ist, zur Anwendung gebracht wissen wolle, versteht sich von selbst. Anders die anonyme Abhandlung. Sie belehrt uns, daß die den Mitgliedern des englischen Parlaments in der declaration of rights eingeräumte freedom of speech nur die innerhalb der gesetzlichen Schranken sich bewegende Redefreiheit bedeute, „daß damit aber nicht eine Straflosigkeit des Mißbrauchs derselben garantirt sey (S. 21)." Wir vermögen uns nicht mit Bestimmtheit darüber zu äußern, ob diese Behauptung aus der Rechtsunkunde ihres Urhebers zu erklären sey, oder ob er auf die Unwissenheit und Leichtgläubigkeit

---

auf den Grund der Landtags-Protokolle und anderer officieller Actenstücke. Braunschweig 1853. 8.

seiner deutschen Leser speculirt habe. Im einen wie im anderen Falle müssen wir gegen eine derartige Behandlung wichtiger Fragen des öffentl. Rechtes, wie sie uns in der angeführten Abhandlung geboten wird, förmliche Verwahrung einlegen. Jeder, der in solchen Dingen ein Wort mitreden will, muß wissen, und muß dasselbe Wissen auch bei seinen Lesern voraussetzen, daß das englische Staatsrecht allerdings nicht den Mißbrauch der Redefreiheit garantirt. Aber darüber ob ein Mißbrauch im einzelnen Falle vorliege, und wie er zu strafen sey, entscheidet das betreffende Haus, und es kann keine Aeußerung im Hause zum Gegenstande einer Anklage oder Untersuchung von irgend einem Gerichtshof oder einer sonstigen Stelle gemacht werden. In demselben Sinne sind daher auch jene deutschen Verfassungen zu verstehen, welche das Ständemitglied von jeder Verantwortlichkeit für seine Meinungs-Aeußerungen in der Kammer entbinden. Unsere Abhandlung belehrt uns freilich eines Besseren. Nach ihr bleiben die Strafgesetze und ihre Wirksamkeit von dieser Verfassungsbestimmung ganz unberührt (S. 44 und 45). Da wo die Verfassung die Aeußerungsfreiheit zwar als Regel gewährleistet, aber gewisse Ausnahmen zuläßt, in welchen gerichtl. Verfolgung zulässig ist, da können die Abgeordneten doch wegen jeglichen Mißbrauchs der Redefreiheit vor Gericht gestellt werden (S. 43)!! denn der angeführte einzelne Fall sey nur Beispiels wegen und um etwaige Zweifel zu heben ausdrücklich erwähnt, nicht um die strafrechtliche Verfolgung in allen andern Fällen auszuschließen. (!!) Doch wir glauben dem Leser genug des Mißbrauchs, den unser Verfasser mit der Wissenschaft treibt, mitgetheilt zu haben, um unsere Verwahrung als begründet erscheinen zu lassen. Wir enthalten uns darum auch eines näheren Eingehens auf den Inhalt des letzten Abschnittes, der von dem Schutze der Abgeordneten gegen das Einschreiten der Justiz wegen anderer Verbrechen und Vergehen handelt (S. 46 ff.)

4) **Die altbaierischen landständischen freibriefe, mit den landesfreiheitserklärungen; nach den officiellen druckausgaben, mit geschichtlicher einleitung und kurzem wörterverzeichnisse herausgegeben durch Gustav Freiherrn von Lerchenfeld; München, Christian Kaiser, 1853.**

Das vorliegende Werk besteht, wie schon dessen Titel an-

deutet, aus 3 verschiedenen Theilen — einer umfassenden geschichtlichen Einleitung, welche die Schicksale der bayerischen Landstände bis in die Zeit herabführt, da dieselben ihre Freibriefe zum zweitenmale zu einer Gesammtausgabe zusammenstellten (S. I — CCCCL), dem Texte dieser Freibriefe selbst, sammt dem Register Dietrichs von Plieningen und den Freiheitserklärungen (S. 1—265), endlich einem erklärenden Wörterverzeichnisse (S. 267—427). Als den Verfasser jener Einleitung sowohl als dieses Glossares bezeichnet die Vorrede des Hrn. Herausgebers einen „jungen Freund"; in Separatabzügen beider Stücke gibt sich als solcher Hr. Ludwig Rockinger zu erkennen.

Die Einleitung behandelt aber zunächst die Geschichte des bayerischen Herzogthums bis zu dessen Uebergang auf das Haus Wittelsbach, mit vorwiegender Berücksichtigung der Provinziallandtage; sodann die Gestaltung des Wittelsbachischen Territoriums, mit Angabe der wichtigeren Erwerbungen und Verluste an Land und Leuten; endlich die mehrfachen Theilungen innerhalb des herzogl. Hauses; zur Verdeutlichung der letzteren und der Reihenfolge der Regenten ist eine tabellarische Uebersicht beigegeben, welche zugleich als Stützpunkt für die chronologische Einreihung der einzelnen Freibriefe dient. Auf der so gewonnenen Grundlage sucht der Verfasser sodann die Geschichte der bayerischen Landschaft aufzubauen, indem er den Ausgangspunkt für deren Entstehung in dem Mißverhältnisse sucht, das sich in fortwährend steigendem Maße zwischen den Einnahmen und Ausgaben des Landesherrn ergab; da nämlich das hieraus entspringende Deficit nur durch Steuern gedeckt werden konnte, nach altem Herkommen aber, von den wenig zahlreichen und wenig ergiebigen hergebrachten Lasten abgesehen, vollfreie Personen und vollfreies Eigen mit solchen nicht einseitig belastet werden konnten, und die Freiheit des Obereigenthums selbst die Grundholden anderer Herren gegen eine Besteuerung durch die Landesherrschaft schützte, sey eine Vereinbarung mit den betreffenden Landsaßen, d. h. dem Adel, der Prälatur, den Städten, in Fällen financieller Bedrängniß absolut nothwendig geworden. Dabei war zwar anfangs das Verfahren ein ziemlich regelloses, indem man bald mit dem Adel allein, bald mit Adel und Geistlichkeit, wieder in anderen Fällen zugleich auch noch mit den Städten unterhandelte, auch die Vereinigungen,

welche bei solchen Anlässen mit landesherrlicher Genehmigung von den Angehörigen eines oder mehrerer Stände eingegangen wurden, zunächst nur vorübergehend waren; der Keim aber, aus welchem die spätere Machtfülle der gemeinen Landschaft sich entwickelte, war jetzt bereits gelegt. An der Hand der Freibriefe selbst und zahlreicher anderer Urkunden wird nun das allmähliche Fortschreiten der ständischen Entwicklung Schritt vor Schritt verfolgt. Wir sehen daraus, wie die trotz aller Schadlosbriefe immer häufiger und dringender wiederkehrenden landesherrl. Geldforderungen einerseits die von den Gliedern jedes einzelnen Standes, dann auch unter den verschiedenen Ständen eingegangenen Einigungen bald zu ständigen werden lassen, andererseits aber auch den 3 genannten Ständen oft genug Gelegenheit bieten, sich ihre althergebrachten Freiheitsrechte urkundlich bestätigen zu lassen, dann aber auch die schwankende Stellung, welche sie von Anfang an als die natürlichen Rathgeber ihres Landesherrn eingenommen, die unbestimmte Theilnahme an den wichtigeren Regierungsgeschäften, welche sie als die mächtigsten und vorzugsweise dabei interessirten Landsaßen jederzeit geübt hatten, bestimmter zu präcisiren und zu formuliren. So sehen wir demnach nicht nur die althergebrachte Steuerfreiheit für sich und ihre Hintersaßen, die Freizügigkeit, das Einigungsrecht und die Befugniß zu gewaltsamem Widerstande gegen widerrechtliche Bedrückung den Ständen wiederholt bündigst zugesichert, sondern dieselben lassen sich auch überhaupt die alten Gewohnheiten des Landes, später auch wohl Kaiser Ludwigs Rechtsbuch bestätigen, den Landesherrn auf jede Veräußerung oder Verpfändung von Land und Leuten verzichten, und für den Fall von Landestheilungen sich Garantien für die Wahrung ihrer Rechte geben; sie verpflichten den Herzog, die Verwendung Fremder zu Aemtern zu unterlassen, und alle Beamten auf die Haltung ihrer Freiheiten zu vereidigen; nach alter Gewohnheit huldigen sie nur gegen Bestätigung ihrer Rechte; ohne ihren Beirath verpflichtet sich der Landherr keinen „namhaften" Krieg zu beginnen u. dgl. Wiederholt greifen die Stände in die Entscheidung von Erbstreitigkeiten, die Vornahme von Landestheilungen, die Führung von Vormundschaften über Angehörige des herzogl. Hauses energisch ein, und bei der endlichen Feststellung der Primogenitur erscheinen sie mit betheiligt; sie sorgen durch Landfriedenseinigungen für die Sicher-

heit im Lande, nehmen sich des Gerichtswesens und Polizeiwesens eifrig an, und wirken mit bei Erlassung hierauf bezüglicher Gesetze und Ordnungen; die Territorialfinanzen werden allmählich völlig von ihnen abhängig, indem sie neben ihrem anfänglichen Steuerverwilligungs- und Verweigerungsrechte auch die Einhebung und Verwaltung der verwilligten Steuerbeträge in ihre Hand nehmen, bei der Aufnahme von Anlehen seitens des Landesherrn mitwirken, selbst die einseitige Besteuerung der herzogl. Hintersaßen beschränken, in das Münzwesen eingreifen u. dgl. m. Zur sicherern Wahrung ihrer eigenen Stellung begründet sich die Landschaft auch wohl eine eigene Casse; sie wird für die Erweiterung und Sicherstellung der Individualrechte ihrer einzelnen Mitglieder thätig u. s. w. Unrichtig wäre es, die Bedeutung der bayerischen Landschaft, wie wohl zuweilen geschehen will, lediglich nach einem privatrechtlichen Maßstabe zu messen. Ganz ebenso wie bei der Landeshoheit, war auch bei ihr die formelle Behandlung eine privatrechtliche, und mit vollem Recht sprechen die Stände von hier aus oft genug von ihren „theuer erkauften“ Gerechtsamen; hier wie dort schlägt aber allezeit der öffentl. Charakter des Inhaltes ihrer Berechtigungen über die privatrechtliche Form heraus, und wenn formell z. B. der Satz feststand, daß die ständischerseits verwilligte Steuer ein durchaus freiwillig dem Landesherrn gemachtes Geschenk sey, so erkannte doch die Landschaft jederzeit eine höhere Verpflichtung an, im Bedürfnißfalle mit Steuern dem Lande und Herrn zu dienen, sowie sie sich umgekehrt auch immer den Beruf vindicirte, die Rechte und Interessen des gesammten Landes, nicht bloß ihrer eigenen Glieder, den Trägern der Regierungsgewalt gegenüber zu vertreten, ganz wie die Landesherren ihrerseits sich immerdar zu der Pflicht bekannten, im Interesse ihres Territoriums und ihrer Landsaßen zu regieren, wenn sie gleich ihre Regierungsgewalt formell auf einen privatrechtlichen Titel stützten. — Während in der ersten Hälfte des 15ten Jahrhunderts die fortwährenden Uneinigkeiten im landesherrl. Hause der Landschaft zu energischem Selbsthandeln, und damit zu weiterer Befestigung ihrer Macht die mannichfachste Gelegenheit boten, zeigt die zweite Hälfte dieses und die erste des folgenden Jahrhunderts trotz alles Fortbestandes der äußeren Zustände bereits entschieden den Beginn einer ihren Rechten ungünstigen Wendung der Dinge. Eine egoistischere und

despotischere Politik beginnt sich seitens der Landesherren zu regen, und die fortwährend sich häufende Masse der ständischen Beschwerden ist für die beginnenden Conflicte nicht weniger bezeichnend, als das bekannte Auftreten des Löwenbundes, der sich alles Ernstes anschickte, den immer mehr überhandnehmenden landesherrlichen Uebergriffen gegenüber von dem urkundlich zugesicherten Rechte des bewaffneten Widerstandes Gebrauch zu machen. Die Einführung des ewigen Landfriedens, der dieses ihr Widerstandsrecht beseitigte, die Besetzung des Reichskammergerichtes und nach seinem Muster auch der Territorialgerichte mit gelehrten Richtern, das Eindringen des römischen Rechts, gegen welches die Landschaft vergebens die energischsten Protestationen einlegte, gefährdeten deren Stellung nicht weniger, als die durch eigennützige Motive bestimmte offene Parteinahme des Kaisers gegen dieselbe. So fanden sich die Stände bald veranlaßt, mit allen Mitteln die möglichste Evidenthaltung ihrer Privilegien zu betreiben; wiederholt dringen dieselben auf die Abfassung einer „Erklärung der Landesfreiheit", um die bezüglich einzelner Punkte entstandenen oder drohenden Streitigkeiten zu beseitigen und abzuschneiden; im Jahre 1508, dann neuerdings in den Jahren 1514, 1516 und 1553 gelingt es ihnen auch wirklich eine solche zu Stande zu bringen. Daneben wird nicht nur für die Aufbewahrung der Originalurkunden der einzelnen Freibriefe und für die Beschaffung einer Anzahl vidimirter Abschriften umfassende Sorge getragen, sondern auch bereits im Jahre 1514 zum Druck der wichtigeren unter denselben, soviel man deren beschaffen konnte, geschritten; neue Mißhelligkeiten, welche nicht ohne Zuthun des Kaisers mit der Landesherrschaft ausgebrochen waren, veranlaßten dann im Jahre 1568 eine weitere und viel vollständigere Ausgabe der Freibriefe. — Mit diesem Momente in der Geschichte der bayerischen Landschaft schließt der Verfasser seine Einleitung; die streng quellenmäßige Darstellung, sowie namentlich die vollständige Mittheilung zahlreicher bisher noch nicht oder doch nur minder correct gedruckten Urkunden gewährt derselben einen eigenthümlichen Werth, wenn auch im Großen und Ganzen für die landständische Geschichte Bayerns keine wesentlich neuen Resultate gewonnen wurden. Wünschenswerth dürfte dagegen größere Uebersichtlichkeit und namentlich auch größere Sparsamkeit in der Einschaltung von

Citaten aus der neueren Litteratur gewesen seyn, welche eben doch größtentheils nur breiter und fremdartiger sagen, was der Verfasser selbst bereits kürzer und seinem Zweck angemessener ausgesprochen hat.

Was sodann den Text der landständischen Urkunden selbst betrifft, so ist vor allem hervorzuheben, daß bezüglich der Freibriefe die von der Landschaft im Jahre 1568 veranstaltete officielle Ausgabe zu Grunde gelegt ist. Wir können uns mit diesem Verfahren nicht einverstanden erklären. Dasselbe erzeugt einerseits den Mißstand, daß eine Reihe von Freibriefen, die im Originale noch vorhanden, aber von der Landschaft aus irgend welchem Grunde ihrer Sammlung nicht einverleibt worden sind, auch in dieser Ausgabe fehlen, so daß diese keineswegs das vollständige Material für die Geschichte der bayerischen Freibriefe bietet, welches bei Benützung der reichen Schätze des kgl. Reichsarchivs zu Nutz und Frommen der Wissenschaft hätte geboten werden können. Andererseits zeigt auch der mitgetheilte Text in Folge der bekannten Freiheiten, welche sich die frühere Zeit beim Wiedergeben älterer Hss. erlaubte, z. Th. auch in Folge irriger Lesung der dabei gebrauchten Originalien, so mannichfache, wenn auch den Inhalt nur ausnahmsweise berührende Ungenauigkeiten, daß auch in dieser Beziehung ein diplomatitch genaues Zurückgehen auf die Originalien zu wünschen gewesen wäre. Wohl hat der Verfasser der Einleitung durch gelegentliche Mittheilung einzelner in jener Sammlung fehlender Urkunden, sowie durch Verzeichnung der wichtigeren in den Originalien vorfindlichen Textabweichungen bei den Mißständen nach Kräften abzuhelfen gesucht; die verfehlte Grundanlage der Ausgabe ließ sich indessen durch solche Nachhülfen begreiflich nicht gutmachen. — Bezüglich der Freiheitserklärung ist dagegen nur zu billigen, wenn deren jüngste und vollständigste Redaction der Ausgabe zu Grunde gelegt, und die Abweichungen der 3 früheren Redactionen nur in den Anmerkungen berücksichtigt sind.

Das beigegebene Wörterverzeichniß endlich beruht, soviel einem Nichtsprachforscher zu beurtheilen möglich ist, auf sorgsamer Benützung der einschlägigen Hülfsmittel, und ist, wie sich von selbst versteht, wesentlich auf Schmeller's treffliches Wörterbuch gebaut. Fleißige Angaben von Belegstellen erhöhen die praktische

Brauchbarkeit des Glossares, welches das Verständniß der im Gesammtwerke mitgetheilten Urkunden bedeutend erleichtert; als besonders fleißig ausgearbeitet dürfen z. B. die auf das so verwickelte Münzwesen bezüglichen Artikel bezeichnet werden.

5) **Eduard Böcking**: Pandekten des römischen Privatrechts aus dem Standpunkte unseres heutigen Rechtssystems oder Institutionen des gemeinen deutschen Civilrechts, nebst Einleitung in das Studium des römischen Rechts. Erster Band: die Einleitung und die Lehre von den Voraussetzungen der Privatrechte. (Auch mit dem Titel: Einleitung in die Pandekten des gemeinen Civilrechts). Zweite vermehrte Ausgabe, Bonn 1853.

Dieses Buch ist eine neue Ausgabe des vom Verfasser schon im Jahr 1843 unter dem Titel „Institutionen" herausgegebenen „Lehrbuchs des römischen Privatrechts" (Bd. 1), eine sorgfältig durchgearbeitete und reichlich vermehrte zweite Ausgabe, deren Gehalt es uns zur Pflicht macht, dieselbe als eine bedeutende litterarische Erscheinung hier hervorzuheben. Die Aufgabe, die sich der Verfasser gestellt, ist eine Darstellung des reinen römischen Privatrechts, „aber in der Gestaltung und dem innern Zusammenhange seiner Bestandtheile, in denen es unserm Geiste als eine römische Nationalthat erfaßbar ist." Er nennt das Buch mit Recht: „**Pandekten** des röm. Privatrechts"; denn es soll ein möglichst vollständig ausgeführtes System des reinen römischen Privatrechts geben, und wird, vollendet, in drei starken Bänden, auch an Umfang viele Lehrbücher des gemeinen Civilrechts überragen. Er nennt es zugleich „Institutionen des gemeinen deutschen Civilrechts;" denn es soll als Vorbereitungs- und Einleitungswerk in unsere heutige Civilrechtswissenschaft dienen, das nicht bloß, wie die römischen Institutionenwerke vor den von Römern für Römer verfaßten ausführlichen Darstellungen des römischen Rechts, formell und methodologisch, sondern materiell und dem Inhalte nach von der Darstellung des sog. heutigen römischen Rechts verschieden ist. „Das Studium unseres Civilrechts, so sagt der Verfasser in der Vorrede zur zweiten Ausgabe, wird noch lange mit dem des römischen Privatrechts beginnen müssen, auch wenn die gemeinsame deutsche Rechtsüberzeugung, die bei allem Mangel sonstiger nationaler Gemeinsamkeit den Deutschen doch (Gott sey Dank!) nicht abzusprechen ist und hoffentlich bleiben wird, die Form des

römischen Rechts überwunden und sich aus ihr als einer Entwickelungshülle herausgearbeitet haben wird. Die gründliche Kenntniß des römischen Rechts ist recht eigentlich ein nationaldeutsches Interesse, nicht damit jenem Geltung oder deren Fortdauer bereitet werde, sondern gerade im Gegentheil, damit wir seiner, soweit es unserm Rechtsleben unentsprechend ist, ledig werden, was, wie die Erfahrung gelehrt hat und zu lehren nicht ablassen wird, durch Codificationen nicht zu bewerkstelligen ist: die Gesetzgebung kann das Rechtsbewußtseyn zwar fördern oder stören, aber nicht schaffen." Man sieht daraus, und noch deutlicher zeigen dieß die als Fälle falscher Anwendung römischen Rechts angeführten Beispiele sowie die Vergleichung mit dem unter 2) zu erwähnenden Werke desselben Verfassers, daß diesen gründliche Kenntniß des römischen Rechts nicht verleitet, demselben im heutigen Rechtsleben ungebührliche Geltung zu vindiciren. Man möchte wohl gar mit dem Verfasser darüber rechten, ob er nicht die Entgegensetzung des römischen und heutigen Rechts hier und da übertreibe. So z. B. hat derselbe zwar vollkommen Recht, wenn er der Lehre von der capitis deminutio jede praktische Bedeutung abspricht; es ist kaum begreiflich, wie Vangerow auch in der neuesten Ausgabe seines Leitfadens noch die nimium capitis deminutio als einen Rechtsbegriff von lebendigem Gehalt festhalten mag. Aber er war in der That auch schon im Justinianischen Recht nichts mehr als ein abgestorbener Rest alter Rechtsanschauungen, und dogmatisch würde es angemessener seyn, wenn davon in den Justinianischen Rechtsquellen mit keinem Worte mehr die Rede wäre, obwohl sie immerhin den Satz beibehalten mochten, daß der Emancipirte und Adoptirte aufhöre Agnat in der väterlichen Familie zu seyn. Was aber die maxima und media capitis deminutio betrifft, so ist es nicht das specifisch-Römische in dem Begriffe an sich, woraus deren heutige Unanwendbarkeit von selbst folgt, sondern theils die Beseitigung völliger Unfreiheit überhaupt, theils eine materielle Aenderung der Rechtsansichten über die privatrechtliche Bedeutung des Bürgerrechts oder der Staatsmitgliedschaft. So können wir auch nicht ganz unterschreiben, was der Verfasser S. VIII sagt: „Die Hinterlassenschaft ist nach unserem Recht nur eine Summe von Vermögensrechten, und es ist für den heutigen Erben eben so unrichtig, daß er die vermögens-

rechtliche Persönlichkeit des Erben in sich aufnehme, als dieses gerade das Wesen des römischen heres ausmachte." Die Idee, welche man heutzutage häufig durch diesen Ausdruck zu bezeichnen pflegt, war bei den Römern nur das allmählich gereifte Product wissenschaftlich construirender Einsicht in das Wesen der Erbfolge; richtig verstanden, wie sie auch der Verfasser nach seinen Pand. §. 96 richtig zu verstehen scheint, und befreit von den Mißverständnissen und künstlichen Zuthaten, welche sich in den Darstellungen neuerer Rechtsgelehrten daran angesetzt haben, lebt sie wesentlich auch noch in unserm heutigen Recht und wissenschaftlich gebildeten Rechtsbewußtseyn so gut, wie im neuesten römischen Recht; und nur das ist zuzugeben, daß sie in jenem nicht mehr so streng durchgreifend herrsche, wie in diesem, worauf unter anderm allerdings die deutschrechtliche Theorie über Erbverträge eingewirkt hat. Wenn uns sorgfältige Erforschung des reinen römischen Rechts sehr zu empfehlen ist, um uns von ungebührlicher Herrschaft desselben in der Anwendung und noch mehr wohl in der Theorie zu befreien, so müssen wir uns andererseits auch davor hüten, daß wir nicht, den bleibenden Kern in der römischen Rechtsanschauung verkennend und nicht vollständig erwägend die bedeutende innere Umwandlung, welche das praktische Recht der Römer seit den classischen Juristen bis Justinian in einem großen Theil seines Inhalts erfahren hat, die Brücke abwerfen, welche dieses mit unserm heutigen Recht verbindet, und, ohne an Sicherheit der Rechtsanwendung zu gewinnen, an der hauptsächlich dem römischen Recht zu verdankenden Solidität wissenschaftlicher Erkenntniß Einbuße erleiden. Wenn übrigens der Verfasser in obigen Worten die Meinung aussprechen will, daß das Ziel, zu welchem auch er hinstrebt, nur durch eine wissenschaftliche Operation der bezeichneten Art, nicht aber durch Gesetzgebung zu erreichen sey, so müssen wir dem, auf die Erfahrung gestützt, die Behauptung entgegenstellen, daß die Gesetzgebung seit dem Codex Maximilianeus bis zu unserer Zeit in jener Beziehung ungleich einfluß- und erfolgreicher gewirkt habe, als der Aufschwung der deutschen Rechtswissenschaft seit fünfzig Jahren es vermochte und noch ein halbes Jahrhundert fortgesetzt vermögen wird. Wenn es auch den neuern Gesetzgebungen nicht gelungen ist, überall des unserm Rechtsleben Unentsprechenden sich zu erwehren, alles Unlebendige hergebrachter

Rechtstheorie zu beseitigen, wenn sogar durch mißverständliche Auffassung römischer Rechtssätze manches Verkehrte hineingekommen ist: so kann doch meines Erachtens kein unbefangener Beobachter des wirklichen Rechtslebens unseres Volkes verkennen, daß durch deren Einfluß in vielen Punkten die lebendigen Rechtsanschauungen der neuern Zeit eigentlich erst zum Durchbruch gekommen sind, und auch auf die wissenschaftliche Bearbeitung des gemeinen Rechts haben jene in dieser Richtung vielfach einen bedeutenden Einfluß geübt. Hat die Gesetzgebung das Rechtsbewußtseyn auch häufig nur gefördert, und oft genug gestört (das letzte fällt noch weit häufiger fragmentarischer Gesetzgebung als umfassender Codification zur Last), so hat sie doch auch Rechtsbewußtseyn zu schaffen nicht selten sich mächtig genug erwiesen. Oder ist es nicht durch die Gesetzgebung geschaffenes Rechtsbewußtseyn, wenn jetzt in ganz Frankreich, auch in den ehemaligen pays du droit écrit, die eheliche Gütergemeinschaft als Regel gilt? wenn in Oesterreich eine von der römischen wesentlich abweichende Intestaterbfolge, wenigstens dem Princip nach, ziemlich allgemeinen Beifall hat? In Preußen hatte in vielen Fällen die überwiegende Autorität des allg. Landrechts sogar die durch dasselbe nicht aufgehobenen Particularrechte aus der Anwendung und dem Rechtsbewußtseyn der Unterthanen fast vollständig verdrängt, als man begann dieselben sorgfältiger zu ermitteln und festzustellen.

Durch diese Bemerkungen soll indessen dem wissenschaftlichen Werthe des vorliegenden Buches kein Abbruch gethan werden. Dasselbe ist wirklich ein schätzbarer Zuwachs unserer Literatur. In wohlüberdachter Ordnung und gedrängter, nur dadurch öfter etwas schwerfälliger Darstellung gibt es uns im Texte eine sorgfältige Entwickelung der allgemeinen Lehren des röm. Privatrechts, und enthält in den Anmerkungen eine Fülle von Gelehrsamkeit in reichem literarischen und Quellenmaterial und eine Menge treffender, und selbst wo man sie nicht richtig oder wohl auch in Ausdruck oder Inhalt etwas absonderlich findet, lehrreicher Bemerkungen. Dabei zeigt sich überall die auf eigener Forschung beruhende Unabhängigkeit des Urtheils, nicht ohne ein entsprechendes Selbstvertrauen, sowie rücksichtslose Anerkennung oder Abwehr nach allen Seiten, die letzte nicht selten in pikant polemischer Weise. Die §§. 10—26 über die Quellen bieten ein Muster von Genauig-

keit und Vollständigkeit in gedrängter Kürze. Wenn wir so den wissenschaftlichen Werth des Werkes, dessen Vollendung wir begierig erwarten, und von dem bewundernswerthen Fleiße des Verfassers auch ziemlich sicher erwarten dürfen, vollkommen anerkennen, so können wir doch zugleich nicht bergen den Zweifel über dessen Angemessenheit, sofern es als Leitfaden zum Einleitungsunterricht bestimmt ist. Dafür scheint es uns zu schwer, erdrückend für den Anfänger durch die Masse des Details, entmuthigend durch die Schwierigkeit des Verständnisses dieser aus dem ganzen Umfange des röm. Privatrechts älterer und neuerer Zeit herausgezogenen abstracten Begriffe und Regeln. Der Schüler muß fast schon ein vollendeter Romanist seyn, der den ganzen Inhalt dieses Buches wirklich versteht. Wer sich durch jahrelanges Studium in der Rechtswelt so zu sagen häuslich eingewöhnt hat, vergißt es leicht, wie schwer es selbst bessern Schülern wird, die sog. allgemeinen Lehren des Pandektenrechts zu lebendiger Erkenntniß zu bringen. Es möchte räthlicher seyn, nach Art der Justinianischen Institutionen, sie zunächst in die einzelnen Rechtslehren einzuführen, und dann erst die Erfassung des Allgemeinen ihnen zuzumuthen.

An das vorstehende Werk schließt sich an

6) desselben Verfassers „Pandekten, ein Lehrb. des gemeinen auf das röm. Recht gegründeten Civilrechts im Grundrisse," vierte Ausgabe, Bonn 1852,

ein Grundriß im gewöhnlichen Sinn, als bloßes Gerippe des Systems, in Angabe der §§. bestehend, aber gleichwohl bei erstaunlicher Sparsamkeit in Benutzung des Raums 192 und 121 Seiten zählend, bei gleicher Genauigkeit und Sorgfalt im Einzelnen sehr werthvoll durch den Reichthum an literarischen und Quellen-Citaten und an schätzbaren freilich meist nur dem Kundigen verständlichen, daher der Erklärung durch mündlichen Vortrag harrenden Andeutungen; ein Grundriß, wie er bei gleichem äußerlichen Umfang vollständiger in unserer ganzen Literatur wohl nicht zu finden seyn möchte, verdienstlich insbesondere auch durch das Bestreben, Praktisches und Unpraktisches sicher zu scheiden. Wir knüpfen daran die Erwähnung eines andern sehr verschiedenen Grundrisses des Pandektenrechts, nämlich

7) K. A. v. Vangerow, Lehrb. der Pandekten, sechste vermehrte und verbesserte Auflage, Bd. 1. Marb. 1851. Bd. 2. 1854.

Nachdem des Verfassers „Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen" in 5 Auflagen unverändert erschienen, bietet uns derselbe jetzt endlich, unter anderm Titel, eine neue Bearbeitung. Der Charakter dieses Werkes, dessen Werth wesentlich in den zahlreichen, ein sog. jus controversum enthaltenden Anmerkungen besteht (ein neuer Coccejus), ist allbekannt. Den Namen einer vermehrten verdient diese Auflage mit vollem Rechte. Der erste Band enthält über 200, der zweite 79 Seiten mehr als die entsprechenden Bände der ersten Auflage; die neuere Literatur ist fleißig berücksichtigt; in manchen Punkten hat der Verfasser seine Ansichten modificirt, in andern gegen Anfechtungen vertheidigt, sine ira et studio. Auffallend ist es, daß der Verfasser oft noch an Vorstellungen und Sätzen festhält, die man dem heutigen Rechtsbewußtseyn aufzudrängen vergeblich sich bemühen wird. Oben schon wurde seine Ansicht über noch fortdauernde praktische Bedeutung der minima capitis deminutio erwähnt. Auch die seltsame Vorstellung finden wir wieder (§. 34), daß jeder Mensch in Betreff des Physischen an ihm ein Object des Eigenthumsrechts sey, entweder im Eigenthum eines andern stehe oder sich selbst im Eigenthum habe. Die Infamie betreffend, glaubt er, „dürfte sich schwerlich ein genügender innerer Grund auffinden lassen, diesen Theil des Justinianischen Rechts für weniger praktisch zu halten als irgend einen andern" (!), während Böcking §. 32 gewiß richtig sagt: „die neuere Lehre von den Ehrenschmälerungsgründen und Wirkungen beruht auf Gewohnheits- und Particularrechten, die sich großentheils unter dem auch in den Reichsgesetzen hervortretenden verwirrenden Einfluß der Bestimmungen des nationalen röm. Rechts von den germanischen Rechtsgrundsätzen abweichend gebildet haben." In §. 523 gibt uns Vangerow einen Auszug aus seiner neuesten sehr ausführlichen und dankenswerthen Erörterung der römischen Lehre vom Prälegat; von der Meinung des Referenten aber, daß man heutzutage durch die Anwendung der subtilen Rechtssätze, nach welchen z. B. von dem zwei gemeinschaftlich vermachten Grundstück der zu $1/12$ eingesetzte $11/12$ und der zu $11/12$ eingesetzte $1/12$ des Grundstücks erhalten soll, mit dem Willen des Erblassers in den offenbarsten Widerspruch setzen würde, nimmt er eben so wenig Notiz, als von

Seuffert's Bemerkung, daß ihm in der gesammten Rechtsprechung der höhern deutschen Gerichtshöfe nicht ein Beispiel der Anwendung jener römischen Rechtsregeln vorgekommen sey. So zeigt sich auch sonst durchgängig das Bestreben, streng das röm. Recht als Gesetzesrecht festzuhalten, obwohl der Verfasser doch auch wohl der Praxis eine neue Concession macht, z. B. in Beziehung auf die Ausdehnung des Besitzschutzes bei Dienstbarkeiten, die man in den frühern Ausgaben vermißte. Von ganz verschiedenem Charakter ist

8) J. A. Seuffert's „praktisches Pandektenrecht", dritte vermehrte und verbesserte Auflage in drei Bänden, Würzburg 1852,

das, überall auf das noch Anwendbare gerichtet, und den Umfang des noch wirklich Geltenden vom röm. Recht eher zu beschränken geneigt, Punkte von vorwiegend bloß theoretischem Interesse und Sätze von seltner oder zweifelhafter praktischer Anwendbarkeit nur als minder wichtige behandelt und bezeichnet, dagegen bei andern, nach Verhältniß des Umfangs des Ganzen, oft sehr detaillirte Andeutungen gibt. Der unermüdlich thätige Verfasser hat auch diese dritte Auflage wieder fleißig überarbeitet und besonders sein erfreulich fortschreitendes Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte nach Möglichkeit für die Theorie nutzbar zu machen gesucht.

9) Ch. G. A. v. Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts, Bd. 1. Erlangen 1853. Bd. 2. Heft 1 das. 1854.

Der erste Band dieser schätzbaren, durch geistreiche Gedanken und gefällig klare Entwickelung derselben ausgezeichneten Beiträge enthält 12 Aufsätze: 1) die Erbschaft vor, in und nach ihrem Uebergang an den Erben. 2) Usucapio pro herede und in jure cessio hereditatis. 3) Begründung von Obligationen für die Erben. 4) Wissenschaftliches Recht (zu Gaius I. §. 7.). 5) Kritische Bemerkungen zu Gaius IV. §. 1—44. 6) Zeitgränze der Gesetzesanwendung. 7) Compensation. 8) Sachenerwerb durch Tradition. 9) Capitis deminutio. 10) Kritische Bemerkungen zu Gaius IV. §. 45 fg. 11) Erzeugung als Erwerbgrund. 12) Vertragsabschluß, und noch S. 330 fg. Nachträge. Diese haben schon theils in dieser Zeitschrift, theils ander-

wärts (in der Heidelberger krit. Zeitschrift) ihre Besprechung gefunden. Das neuerschienene Heft enthält nun ferner drei Aufsätze: Nr. 13. In iure cessio tutelae, ein scharfsinniger Erklärungsversuch der die cessilia tutela betreffenden Bestimmungen des alten Rechts. 14) Erlaßvertrag. In der Schrift „zur Lehre vom Erlaß" hat v. Völdernborff dargethan, daß das pactum de non petendo zunächst als Sühnevertrag, Proceß abwehrend, wirksam wurde. Dadurch hat sich Rudorff zu Puchta's Pandekten §. 297 bestimmen lassen, dieß noch im neuesten Recht als ein materiell unterscheidendes Moment in jenem, verglichen mit der Acceptilatio hervorzuheben und zu behaupten, das pactum de non petendo sey überall keine Aufhebungsart der Obligatio; die Verbindung beider und des contrarius consensus zu einer allgemeinen Lehre vom Erlaß tadelt er als systematischen Mißgriff, nicht geringer als die Aufstellung einer allgemeinen Lehre vom Verzicht oder von der Verjährung. Das ist meines Erachtens ein arger Mißgriff in Benutzung rechtsgeschichtlicher Momente. In Folge des pactum de non petendo, es sey mit Rücksicht auf den Rechtstreit geschlossen oder nicht, ist der bisherige Schuldner nach L. 55 D. de s. v. L. 112. D. de R. I. in Wahrheit nicht mehr Schuldner; also wird allerdings auch die Obligatio materiell dadurch angegriffen, wenn gleich nicht ipso iure vernichtet; sie ist inanis oder quasi nulla obligatio geworden nach L. 25 D. de v. o. gleich der Obligatio der Bürgin nach L. 8 §. 9 D. ad Sc. Vellcian. Will man das nicht Aufhebung der Obligatio nennen, so muß man alle nur ope exceptionis wirkenden Ereignisse aus der Reihe der Aufhebungsgründe streichen. Mit Recht erklärt sich daher Scheurl gegen diese Ansicht. Aber, fährt dieser fort, ein wahrer Erlaßvertrag ist doch das pactum de non petendo regelmäßig nicht, es hemmt nur ope exceptionis die Wirksamkeit der Obligatio, indem der Gläubiger sich dadurch nur verpflichtet, den Schuldner ferner nicht in Anspruch zu nehmen; der einzige wahre Erlaßvertrag des röm. Rechts, abgesehen von dem Verzicht auf Strafklagen, ist die Acceptilatio, welche die Obligatio ipso iure vollständig tilgt. Auch der contrarius consensus bei Consensualcontracten ist keineswegs ein eigentlicher Erlaßvertrag, wie die Acceptilatio; denn der Sinn desselben ist nur der einer Uebereinkunft, von dem Contract wieder abzugehen; der wahre Zweck nicht

der, sich gegenseitig eine Schuld zu erlassen; die Vernichtung der gegenseitigen Verbindlichkeiten nur eine Folge des beiderseitigen Zurücktretens vom Contract. Das letzte kann man zugeben. Obgleich man immer auch sagen kann, der contrarius consensus enthalte einen gegenseitigen Schulderlaß, wie der consensus eine gegenseitige Verpflichtung begründet, so ist doch der zunächst liegende einfache Gedanke der, das Contractsverhältniß als ein Ganzes ganz wieder zu vernichten. Ungegründet aber scheint es, dem p. d. n. p. den Charakter eines Erlaßvertrages zu bestreiten, wenn damit etwas anderes oder mehr gesagt seyn soll, als daß es nur ope exceptionis die Schuld aufhob. Remittere obligationem (L. 33 Cod. de transact. L. 4 Cod. de duob. reis) heißt allgemein einen Schuldner seiner Verbindlichkeit entbinden, wobei es dahin gestellt bleibt, in welcher Form dieß geschieht. Daß man auch in dem p. d. n. p. ein solches remittere erkannte, beweist der Ausdruck: remittere debitum per pacti conventionem (L. 5 Cod. de remiss. pign.). Auch war es nicht die Verschiedenheit des Willens, welche die beschränktere Wirksamkeit des Pactum mit sich brachte. Die als solche unwirksame Acceptilation wirkte doch als pactum (L. 8. pr. D. de acceptilat.), obwohl hier der Wille offenbar der war, die Obligatio vollständig zu vernichten. So auch, wenn der Gläubiger in bündigstem Ausdruck, etwa schriftlich, erklärte, die Schuld solle ganz und gar erlassen seyn und als getilgt gelten, ja auch zur Bestätigung eine Quittung ausstellte oder die Schuldurkunde zerschnitten zurückgab; es wirkte doch nur als Pactum. Also war es nicht der Inhalt des Willens, sondern die mangelhafte Form seiner Erklärung, weßhalb es weniger streng wirkte, als die Acceptilatio. Heutzutage aber, da der formale Erlaßvertrag wie der formale Contract weggefallen, ist es nun consequent, vielmehr den Willen als das entscheidende Moment ins Auge zu fassen. Der Gläubiger kann a) bloß versprechen wollen, daß er persönlich sich der Klage gegen den andern Paciscenten enthalten werde; pactum de non petendo in personam; oder b) seinerseits auf den Anspruch dem andern Paciscenten gegenüber ganz verzichten, ohne jedoch die Obligatio objectiv ganz aufheben zu wollen; das ist gleich dem pactum de non petendo in rem, wodurch denn weder das Recht der Mitgläubiger alterirt noch die Klage gegen Mitschuldner, welche aus

dem Vertrag kein Recht erwerben, ausgeschlossen ist, wo nicht dieselbe wegen Regreßanspruchs auf den Paciscenten zurückwirkt; oder c) die Schuld erlassen, so als ob sie gezahlt wäre; das wirkt gleich der römischen Acceptilatio. Ob das eine oder andere anzunehmen, hängt in jedem einzelnen Fall lediglich von der Auslegung des Willens ab, der sich freilich durch Ausstellung einer Quittung sehr bestimmt als auf den dritten Zweck gerichtet zu erkennen gibt, obwohl es völlig grundlos ist, mit v. der Pfordten nur in diesem Fall die strengere Wirkung anzunehmen. Mit diesem Resultat stimmt denn auch Scheurl überein, und scheint zu großer Befriedigung des Referenten auch die Art und Weise, wie dieser es in Anknüpfung an das römische Recht theoretisch zu begründen versucht hat (Arndt's Pand. §. 267), als richtig anzuerkennen. Er macht nur noch den Zusatz, daß heutzutage durch eigentlichen Erlaßvertrag in seinem Sinn, d. i. ipso iure, auch wohl nur mit Beschränkung auf einen Correus die Obligatio aufgehoben werden könne (eximi personam manente obligatione), in demselben Sinn, in welchem Huschke unseres Erachtens mit Recht behauptet, daß nach R. R. auch durch Novatio die Obligatio nur bezüglich der subjectiven Beziehung eines Correus zu derselben ipso iure aufgehoben werden könne. Dieß scheint aber praktisch unerheblich. Denn der einzige materielle Unterschied zwischen der ipso iure und der per exceptionem pacti conventi aufgehobenen Obligatio besteht darin, daß die letzte durch entgegengesetztes Pactum (ohne neue Stipulatio) wieder wirksam gemacht werden kann (Scheurl S. 19); da aber jetzt durch formlosen Vertrag eben so leicht auch wiederum eine neue Obligatio desselben Inhalts begründet wird, so kommt es auf dasselbe hinaus, ob man diese oder jene Anschauungsweise zum Grunde legt. Aus dem Gesagten ergibt sich übrigens, daß es keineswegs als unsystematisch zu tadeln ist, den Erlaßvertrag in dem jetzt gewöhnlichen umfassenden Sinn als Aufhebungsgrund der Obligatio zu behandeln, daß es vielmehr unpassende Historik ist, in der Art, wie Rudorff es thut, dagegen zu protestiren.

Es sey uns vergönnt von obigem Ergebniß noch die Anwendung auf den Vergleich insbesondere zu machen. Savigny (Obl.-Recht I. S. 179) faßt diesen in zu beschränkter Weise, indem er nur den Fall hervorhebt, wenn die Schuld partiell zu-

gestanden, partiell erlassen wird. Dieß kann allerdings der Inhalt des Vergleichs seyn. Ist ein solcher nun mit einem Correus geschlossen, so ist der darin enthaltene partielle Erlaßvertrag nach obigen Regeln zu beurtheilen. Er kann den Sinn haben, daß in Ansehung der übrigen Correi die Obligatio insoweit nichtsdestoweniger bestehen bleibe, also der Mitgläubiger darauf noch klagen, der Mitschuldner, namentlich der correus non socius, noch belangt werden könne. Er kann aber auch den Sinn haben, daß gegen das freiwillige Zugeständniß des Theils die Obligatio übrigens als vollkommen getilgt gelten solle, und dieses wird, namentlich dann, wenn der Schuldner mit einem Correalgläubiger, oder wenn der Gläubiger mit einem regreßpflichtigen Correalschuldner den Vergleich geschlossen hat, im Zweifel gewiß als das Gewollte anzusehen seyn. Nach röm. Recht würde dieser Zweck durch Acceptilatio (unter Umständen nach vorgängiger Novation) erreicht worden seyn; nach heutigem Recht kommt es bloß auf die Intention der Vergleichenden an. Aber ein Vergleich kann auch in mannichfaltig andrer Weise, insbesondre z. B. in der Art eingegangen werden, daß der Gläubiger die ganze Schuld erläßt, dafür aber vom Schuldner irgend einen andern Vermögensvortheil erlangt. Auch in diesem Fall bedurfte es nach röm. Recht der Acceptilatio, um die Geltendmachung derselben Obligatio von Seiten der Mitgläubiger oder gegen einen Mitschuldner unbedingt auszuschließen; ohne sie hätte nur nach Umständen allenfalls eine doli exceptio Platz greifen können. Nach heutigem Recht wird man hier in der Regel natürlich dieselbe Wirkung anzunehmen haben, als wenn nach röm. Recht Vergleichs halber die Obligatio durch Acceptilatio vollkommen getilgt worden wäre.

Einen andern werthvollen Beitrag gibt uns Scheurl unter Nr. 15: „zur Usucapionslehre" S. 29—86. Seit Möllenthiel's bekannter Schrift über den guten Glauben bei der Verjährung war es herrschende Lehre: der gute Glaube des Besitzers ist es, dem das Recht die Gunst der Ersitzung gewährt; er besteht in der Ueberzeugung, das Eigenthum gleich anfangs erworben zu haben, das nun wegen eines Mangels im Erwerbact erst durch fortgesetzten Besitz wirklich erlangt wird; diese Ueberzeugung muß aber auf gutem Grunde beruhen, der darin liegende Irrthum ein entschuldbarer seyn, und so wird als objective Grundlage der bona fides

ein Usucapionstitel erfordert. Dem Wesen nach ist dieser nur ein secundäres Erforderniß, obwohl insofern allerdings ein selbständiges, als nun auch unbestrittene bona fides ohne Nachweisung eines Titels oder wenigstens rechtfertigender Gründe der irrigen Annahme eines solchen zur ordentlichen Ersitzung nicht genügt. Gegen diese Theorie nun erhob eine allerdings sehr beachtenswerthe Opposition Stintzing in seiner Schrift über „das Wesen von bona fides und titulus in der röm. Usucapionslehre", Heidelb. 1852. Der Grundgedanke der Ersitzung ist ihm, daß die Zeit Recht schaffe; das alte Recht setzte dem nur die einzige Schranke, daß der Besitz nicht durch Furtum, das nach altem Begriff auch bei unbeweglichen Sachen möglich, erworben sey; übrigens war von bona fides und titulus noch keine Rede; das beweisen die Usureceptionen und die usucapio pro herede, die sich nur nach jener Ansicht begreifen lassen. Erst in Folge oder im Zusammenhang mit der Einführung der Publiciana actio und der Anerkennung des sog. bonit. Eigenthums soll das Erforderniß von bona fides und titulus auch auf die Usucapion übertragen und durch die Doctrin ausgebildet worden seyn. Zur bona fides aber ist nichts erforderlich, als die immer zu präsumirende Unkenntniß des Hindernisses, welches dem sofortigen Erwerb des Eigenthums wirklich entgegenstand, zunächst und vorzüglich, bei abgeleitetem Erwerb, das Nichtwissen von dem mangelnden Recht des Auctor, dann auch das Nichtwissen andrer wirklich vorhandener Mängel des Erwerbacts. Dieser ist entweder ein an sich, abgesehen von dem ersten Umstande, vollständiger Erwerbact: dann hat er die Ersitzung zur Folge, wenn gleich der Erwerber irrthümlich ein nicht vorhandenes Hinderniß des Erwerbs annimmt, also nicht glaubt Eigenthum zu erwerben; oder er ist ein unvollständiger Erwerbact: dann darf nur der Erwerber um diesen Mangel nicht wissen, und nur in dieser Beziehung kommt etwas darauf an, daß der Irrthum ein probabilis error, kein error iuris sey, da demjenigen, welcher in Rechtsirrthum befangen, sich auf Thatsachen stützt, aus welchen das behauptete Recht gar nicht folgt oder ein Hinderniß seiner Entstehung sich ergibt, der Prätor auch die Publiciana actio auf diese Ausführungen hin nicht zugestehen konnte. Dieß sind die Grundzüge der Ansicht, welche der Verfasser in scharfsinniger Weise ausführt. Gegen ihn sucht nun aber Scheurl a. a. O.

vorerst die Unrichtigkeit seiner historischen Prämissen nachzuweisen. Er geht von der nach dem allgemeinen Entwickelungsgange des röm. Rechts gewiß wohlbegründeten Voraussetzung aus, daß das Rechtsinstitut der Usucapio „sogleich bei seinem ersten Erscheinen die Keime seiner nachherigen Entwickelung vollständig in sich getragen hat, und diese daher ohne Veränderung seines Wesens lediglich in der Weise vor sich gegangen ist, daß man mehr und mehr, von praktischen Anlässen aus, des ganzen Reichthums der in einem solchen Rechtsgebilde enthaltenen Rechtsbegriffe und Rechtssätze sich bewußt wurde." — „Was man freilich erst in späterer Zeit Usucapionstitel und guten Glauben nannte, war schon in dem ursprünglichen Gedanken der Usucapion enthalten; diese Erforndernisse bekam die Usucapion nicht erst in späterer Zeit; es war nur Zeit und Gelegenheit nöthig, daß man dazu gelangte, sie auszusprechen und mit voller Genauigkeit zu bestimmen." Die ursprüngliche Bedeutung der Usucapion war nach Scheurl's Vermuthung, gestützt auf Gaius II. 40 flg., die, daß sie, im Fall unfeierlicher Veräußerung einer res mancipi, den formellen Mangel des innerlich vollkommen rechtmäßigen Erwerbs ersetzen sollte. Das Bedürfniß, der Unsicherheit des Eigenthums ein bestimmtes Ziel zu setzen, führte dann von selbst zu gleicher Behandlung des Falles, wo ein materieller Mangel des Erwerbs wegen mangelnden Rechts des Auctor zu ergänzen war. Aber die Erwerbung mußte hier doch eine dem äußern Anschein nach rechtmäßige, und vor allem mußte dieser Schein ein den Erwerber selbst trügender seyn; nur dann konnte er ohne Beleidigung des gesunden Rechtsgefühls bezüglich der Usucapion dem ersten gleichgestellt werden. Darin liegt der Ursprung der fraglichen Erfordernisse der Usucapio; aus diesem Kern ist die später ausgebildete Doctrin hervorgewachsen; aber gewiß hat schon vorher „kaum je ein römischer Richter eine Usucapion gelten lassen, wobei es an dem fehlte, was man später bona fides und iustus titulus nannte." Befriedigend, soweit es nach dem Stande unsrer Quellen möglich ist, beweist nun der Verfasser, daß uns auch die Usureceptionen und die usucapio pro herede nicht nöthigen, jener Auffassung für das ältere Recht zu entsagen. Was aber das spätere Recht betrifft, so stimmt Scheurl mit Stintzing darin überein, daß der iustus titulus nicht bloß als Rechtfertigungsgrund der bona fides, sondern vielmehr als selb-

ständiges und Haupterforderniß der Usucapio zu betrachten, und die bona fides wesentlich nur als Nichtwissen von dem der Vollkommenheit des Erwerbs entgegenstehenden Mangel aufzufassen sey, nicht aber als die positive Ueberzeugung, das Eigenthum bereits erworben zu haben, so zwar, daß der an sich (relativ) vollständige Erwerbact auch dann die Ersitzung begründe, wenn der Erwerber irrthümlich noch ein wirklich nicht vorhandenes Hinderniß als vorhanden annimmt, also zur Zeit noch nicht glauben kann, das Eigenthum erworben zu haben. Das letzte wird namentlich bewiesen durch L. 2 §. 2 D. pro emt., wornach der bedingt Kaufende von Zeit der Erfüllung der Bedingung an usucapirt, obgleich er von dieser noch keine Kunde hat, quia potius substantiam intuemur quam opinionem oder plus in re est quam in existimatione, und daraus werden dann auch L. 3 D. pro don. und L. 25 D. de don. int. vir. et ux. erklärt, nach welchen der Ehegatte die von andern Ehegatten geschenkte fremde Sache soll ersitzen können. Er bestreitet dagegen, von abweichender Erklärung einzelner Stellen abgesehen, Stintzings Meinung a) darin, daß auch selbst die irrige Annahme eines Usucapionshindernisses, z. B. der Furtivität der Sache, der Ersitzung nicht entgegenstehe, da L. 32 §. 1 D. de usurp. sehr bestimmt das Gegentheil sagt, und nicht durch Bezugnahme auf eine absonderliche Meinung ihres Verfassers, Pomponius, über das Furtum, als welches durch das unredliche Behalten der Sache stets erneuert werde, beseitigt wird; b) darin, daß es auf Entschuldbarkeit des Irrthums, also auch darauf ob error iuris oder facti, bei der bona fides nicht ankomme, wofür man gegen den allgemeinen Satz: Nunquam in usucapionibus iuris error possessori prodest, und gegen die Rechtsanalogie, z. B. bei der condictio indebiti nach L. 25 pr. D. de probat., den strengsten von Stintzing nicht gelieferten Beweis verlangen müßte, sodann c) darin, daß man nach neuestem röm. Recht eine Gränze zwischen wahrem und sog. Putativtitel nicht festhalten könne, vielmehr die jenen erfordernden Stellen als materiell bedeutungslose Nachklänge einer ältern strengern Ansicht anzusehen habe; denn ein erheblicher Unterschied liege immer noch darin, daß bei dem letzten, als einem Surrogat der iusta causa possessionis, den probabilis error, aus welchem das Daseyn eines wahren Usucapionstitels angenommen sey, oder

vielmehr die Umstände, wodurch er veranlaßt wurde, den Usucapionsgang eben so zu beweisen habe, wie sonst den iustus titulus, während hier dann die Entschuldbarkeit des Irrthums über das dominium auctoris nicht bewiesen zu werden brauche. Der Verfasser hat in allen diesen Punkten seine Meinung sehr gut begründet, und so kann man wohl sagen, daß durch die beiden genannten Schriften vereinigt die Usucapionslehre wirklich gefördert worden sey. Bedenklicher scheint es, wenn der Verfasser auch bei der außerordentlichen Ersitzung Entschuldbarkeit des Irrthums verlangt, jedenfalls aber muß man behaupten, daß es bei der nach heutigem Recht erforderlichen Fortdauer der bona fides darauf nicht ankomme, da das canonische Recht nur in der conscientia rei alienae, also in positiver mala fides superveniens ein Hinderniß der Vollendung der angefangenen Ersitzung erkennt, und das zwar vom Gesichtspunkt der Sündhaftigkeit, welche auch im Rechtsirrthum nicht liegt.

Schließlich bekämpft Scheurl noch insbesondere die Behauptung, daß das Urtheil im Eigenthumsstreit einen Usucapionstitel (pro iudicato) für den Vindicanten begründen könne. Ein Argument dafür, welches Schreiber dieses früherhin (im Arch. f. civ. Prax. XIII. 15) benutzt hatte, nämlich L. 137 D. de R. J., hat derselbe längst als nichtig erkannt. Zur Benutzung dieser Stelle verleitete ihn nur unvorsichtiger Gebrauch der Freiesleben'schen Ausgabe des corpus iuris, welche die falsche Lesart hat: Qui auctore iudice *possidet* (statt comparavit), bonae fidei possessor est, wodurch ihm denn auch die Parallelstelle L. 14 §. 1 D. de relig. entging. Er muß aber gestehen, daß ihm auch das Vertrauen in die Beweiskraft der übrigen Argumente wankend geworden ist. Indessen ist hier nicht der Ort näher darauf einzugehen.

10) Rudolf Elvers, die römische Servitutenlehre, erstes Heft (384 S.), Marburg 1854.

Eine neue Bearbeitung der Servitutenlehre wird kein Kundiger, ungeachtet der noch ziemlich jungen Schriften von Lüder und Hoffmann über diesen Gegenstand, als ein überflüssiges Werk verschmähen. Der Verfasser hat sich derselben, und zwar zunächst auf das reine römische Recht sich beschränkend, unterzogen, in der

Absicht, dadurch eine sichere Grundlage zu einer entschließenden Beantwortung der Frage zu gewinnen, „ob und in wie weit das römische Servitutenrecht in unsern Rechtszuständen zur Anerkennung und völligen Geltung gelangt sey." Das Ziel, das sich der Verfasser vorgesetzt, ist ein bedeutendes, und insofern muß die kritische Ueberschau das Unternehmen des Verfassers als ein zeitgemäßes begrüßen. In welchem Maße dasselbe auch erfolgreich sey, das wird sich freilich erst nach Vollendung des Werkes vollkommen beurtheilen lassen. Der vorliegende Theil gibt uns zunächst nur in einer Einleitung des Verfassers Ansicht über die historische Entstehung dieses Rechtsinstituts, als dessen älteste Erscheinungen er die Wege- und Wasserleitungsservituten, dann den Ususfructus betrachtet, und über die Bildung des Gesammtbegriffs der Servituten, dann in der ersten Abtheilung den allgemeinen Theil der Servitutenlehre (bestehend aus 6 Capiteln: 1) Die Servituten und das Eigenthum, 2) die Subjecte der Servituten, 3) Beschaffenheit der belasteten Sache, 4) Inhalt und Umfang der Servituten, 5) Ausübung der Servituten seitens andrer Personen als des ursprünglich Berechtigten, 6) Servitutähnliche Verhältnisse), und geht dann zu der zweiten Abtheilung „die einzelnen überlieferten Servitutenbildungen" über, von welcher aber erst des ersten Abschnitts: „die Realservituten" erstes Capitel, den Unterschied zwischen servitutes rusticae und urbanae betreffend, vor uns liegt. Im allgemeinen ist gewissenhafter Fleiß und umsichtiges Urtheil in dem Werke nicht zu verkennen, wenn gleich es an einer gewissen freilich nicht seltenen Breite der Darstellung leidet, welche nicht in gleichem Maße mit Klarheit und Bündigkeit der Entwickelung gepaart ist. Ohne für jetzt ins Einzelne einzugehen, wollen wir einstweilen nur einen Punkt besonders hervorheben, die Construction des Begriffs der Servituten, also gewissermaßen die Grundlage des ganzen Werkes. Der Verfasser glaubt den Kern der Sache gefunden zu haben, indem er folgenden Begriff aufstellt: „Eine Servitut ist die durch eine eigene dingliche Klage geschützte Herrschaft über eine einzelne als selbständige Sache fingirte Eigenschaft einer fremden körperlichen Sache, vorausgesetzt, daß diese Herrschaft entweder mit der Herrschaft über eine andere körperliche Sache untrennbar verbunden oder von dem Leben einer individuellen Person in der Weise abhängig gemacht ist, daß

sie stets mit diesem zugleich erlöscht." Gegenstand des Servitutrechts ist nicht die körperliche Sache, welche vielmehr ganz dem Eigenthümer gehört, sondern „ein ganz anderes Object, als woran das Recht des Eigenthümers besteht," nämlich eine einzelne positive oder negative Eigenschaft derselben, welche, durch die Servitutbestellung aus ihr herausgenommen, als eine eigene selbständige Sache fingirt wird, z. B. die Eigenschaft, Früchte zu tragen, oder die Eigenschaft, vermöge deren ein Höherbau nicht in Folge natürlicher oder rechtlicher Nothwendigkeit eintritt, sondern die Folge willkürlicher menschlicher Handlungen ist. Aber die Servitut ist doch ein jus in re aliena; „denn das Object derselben, die fingirte Sache, ist ja in der körperlichen Sache des Eigenthümers enthalten, und darum hat der Servitutberechtigte das Recht, aus dieser seine Sache zum Zwecke der Benutzung auszuscheiden" .... „Auf diesem Wege erreicht nun das römische Recht daß, trotz der Servitutbestellung, das Eigenthumsrecht unbeschränkt und unbegränzt bleibt, und durch dieselben nur die Sache, welche Gegenstand des Eigenthums ist, mittels Ausscheidung einer in ihr enthaltenen Eigenschaft verkleinert wird, gleichsam als ob ein körperlicher Theil derselben veräußert würde." Greller Widerspruch auf einer Seite! Zuerst wird die Eigenschaft durch die Servitutbestellung von der Sache getrennt; Gegenstand des Eigenthumsrechts bleibt nur, was übrig ist, die intensiv verkleinerte Sache; gleich nachher befindet sich die Eigenschaft doch noch „in der körperlichen Sache des Eigenthümers," und der Servitutberechtigte hat nur das Recht, sie zum Zwecke der Benutzung auszuscheiden; einmal besteht die Servitut an einem ganz andern Object, als das Eigenthumsrecht, und dann ergreift doch das letzte auch wieder die Eigenschaft, welche der ersten Gegenstand ist, soweit der Servitutberechtigte diese Eigenschaft nicht benutzt. Es geht bisweilen fast ins Komische, in welchen Redewindungen der Verfasser seine Anschauung zu halten sucht. So sagt er S. 45, bei der Wegegerechtigkeit sey „nicht die Eigenschaft des Grundstücks, vermöge deren auf demselben gegangen werden kann, Gegenstand der Servitut" ..., sondern es ist nur die Eigenschaft ausgeschieden, vermöge deren dieser bestimmte Berechtigte in der und der Richtung und in der und der Weise auf dem Grundstücke gehen kann." Daher wird der Eigenthümer höchstens dann, wenn er gerade gleichzeitig mit

dem Servitutinhaber auf demselben Wege und in derselben Weise gehen will, „fühlen, daß eine Eigenschaft seiner Sache in fremden Händen ist, und — hier muß er dann ausweichen, ja selbst umkehren, wenn er dem Berechtigten auf einem für das Ausweichen zu engen Wege begegnet.“ Und weiter! „bei Bestellung einer **servitus altius non tollendi** wird die Eigenschaft ausgeschieden, vermöge deren jemand fordern kann (man bemerke wohl: eine Eigenschaft des Grundstücks, vermöge deren jemand fordern kann!) daß das Haus nicht höher gebaut werde, jedoch diese nur so weit veräußert, als eine bestimmte Person, nämlich der Servitutberechtigte solches fordern kann.“ Consequent nach S. 38 hätte der Verfasser sagen müssen, es werde hier die Eigenschaft ausgeschieden, vermöge deren ein Höherbau nur die Folge willkürlicher menschlicher Handlung ist: freilich ein wunderliches Rechtsobject!

Solche Künstelei sollte ächt römisch seyn? Nein, sie ist ein ächt deutsches Product, zwar nicht deutschen Lebens, aber deutscher unlebendiger Gelehrten-Reflexion. Der Verfasser bemerkt S. 37: die römische Denkart habe der Bildung von Servituten als Beschränkungen des wichtigsten Rechts den möglichsten Widerstand entgegengesetzt. Als aber das Bedürfniß mehr und mehr Servituten entstehen ließ, da habe man diesen einen Charakter abzugewinnen gesucht, „der die nationale Denkart am wenigsten verletzte, und so faßte man sie nicht auf, als ob sie dieselbe Sache wie das Eigenthum zum Gegenstande hätten und deßhalb mit diesem collidirten, dieses begränzten, sondern als ob sie an einer ganz andern allerdings nur fingirten Sache beständen.“ Die gutmüthigen Leute, die mit so leichtem Blendwerk ihr nationales Bewußtseyn beschwichtigen konnten, wahrlich, noch gutmüthiger, als der Deutsche —! Nein, die Römer waren praktische Leute, die für Befriedigung des im Leben hervortretenden Bedürfnisses in bedächtigem Fortschritt die rechte Form zu finden und auszubilden wußten, nicht — Kinder, die sich etwas weis machten oder weis machen ließen, und dabei so kurzsichtig, daß sie das Blendwerk ohne es zu merken selbst wieder zerrissen, indem sie die Servitut ein jus in re (sc. corporali, die doch dem Eigenthümer gehören soll) nannten. Uebrigens hat jene eitle Begriffsverwickelung den Verfasser nicht gehindert, die einzelnen Fragen der Servitutenlehre mit Umsicht und Erfolg zu behandeln. Auch klebt er

nicht so fest an jener seiner Vorstellung, daß nicht öfter dafür die geläufigere Vorstellung und Bezeichnung der Servituten als aus dem Eigenthum ausgeschiedener oder von demselben abgezweigter Befugnisse sich einstellte.

11) v. Zielonacki, der Besitz nach dem röm. Rechte, hie und da mit Berücksichtigung der neuern Gesetzbücher. Berlin 1854.

Auch nach Savigny's classischem Werke und der verdienstlichen Schrift von Bruns über das Recht des Besitzes würde eine neue tüchtige Bearbeitung dieser Lehre vom Standpunkt des heutigen Rechts und mit vergleichender Kritik der neuern Gesetzgebung eine willkommene Gabe seyn. Leider aber täuscht das oben genannte Buch auch die bescheidenste Erwartung, und wenn es hier aufgeführt wird, so geschieht es nur, um davor zu warnen; ältere Fachgenossen, damit sie sich die nutzlose Mühe ersparen es zu lesen, jüngere, damit sie sich nicht dadurch verwirren. Man kann von der Schrift nur sagen, daß „hie und da" ein guter Gedanke oder der Embryo eines solchen sich darin findet. Im ganzen herrscht darin eine beispiellose Oberflächlichkeit und Verworrenheit. Es thut uns leid, dieses harte Urtheil aussprechen zu müssen, da sie, wenn sie nur leidlich gut wäre, schon aus dem Grunde unsre Sympathie in erhöhtem Maße für sich haben würde, weil sie, ein Beitrag zur deutschen Rechtswissenschaft, von einem österreichischen Rechtsgelehrten, und zwar slavischen Stammes, herrührt. Es ist zu wünschen, daß der Verfasser die künftigen Früchte seiner juristischen Productionskraft besser reifen lasse, damit er nicht das zur Belebung der österreichischen Rechtsgelehrsamkeit so wichtige Studium des römischen Rechts erst recht in Mißcredit bringe, während zu hoffen ist, daß ihm durch Männer, wie Chambon und Unger in Prag, besser Bahn gebrochen werde.

12) Die Lehre von den Legaten und Fideicommissen. Aus den Quellen bearbeitet durch Dr. M. S. Mayer, ordentl. Professor der Rechtswissenschaft in Tübingen. 1ste Abtheilung. Tübingen 1854. 8. 16 Bog.

Aus den Quellen bearbeitet! Manchem, wenn er es gleich ausdrücklich sagte, würden wir es nicht glauben; manchem glauben wir es, wenn er es auch nicht sagt. So z. B. hätte es der

Verfasser vorliegenden Buches nicht zu sagen gebraucht. Hinwiederum aber scheint er in diese Worte etwas legen zu wollen was sie nicht aussprechen, sondern erst in der Vorrede angedeutet wird: eine Opposition gegen zu starke Betonung der Literatur. Der Literatur nun hat der Verfasser allerdings nicht viel Ehre erwiesen: „Beachtung und Würdigung fremder Ansichten (so sagt der Verf. in seiner Zueignung an Schrader) werden Sie wohl nicht vermissen, vielleicht aber die namentliche Anführung von Schriftstellern;" und in der That finden wir von den Urhebern entgegengesetzter Ansichten nicht bloß nicht viele, sondern keinen genannt. Damit hängt es denn aber auch zusammen, daß „die Beachtung und Würdigung fremder Ansichten" sich als solche äußerlich gar nicht darstellt; ohne Nachtheil für diejenigen, die alles wissen, für uns aber — und für unseres Gleichen pflegen die Bücher geschrieben zu werden — ein fühlbarer Mangel.

Uebrigens ist unter denen welche aus den Quellen arbeiten, einiger Unterschied: angefangen von jenen, welche hier ein Stück und dort ein Stück vom Zaune brechen, bis hinauf zu denjenigen welche umgekehrt die zerstreuten Glieder der Antike zusammensuchen. Also kommt es selbst, wenn man aus den Quellen arbeitet, noch immer auf das Wie an; und wenn nun gleich schon der Name des Verfassers dafür bürgt, daß wir nur gründliche und scharfsinnige Arbeiten von ihm erhalten, so können wir doch nicht zugeben, daß auf allen Punkten mit den Quellen besonders zart umgegangen sey. Wir wollen dieß in Beispielen darthun. In Folge Vermächtnisses bekommt der Honorirte nicht auf einmal, sondern zeitweise nach einander; hier nehmen die Quellen bald ein, bald mehrere Vermächtnisse an. Warum? Dort will der Testator nur den Onerirten erleichtern; das sagen die Quellen ausdrücklich, und ist dem Verfasser nicht entgangen. Hier dagegen, fährt er fort (S. 251), sind um des Bedachten willen Termine gemacht, und daher mehrere Vermächtnisse. Liegt das in den Quellen? Nicht einmal in der Natur der Sache. (Um des Bedachten willen mag der Testator Termine setzen; daß aber so viele Vermächtnisse sind als Termine, kann ihm — seinem Vermögen — nur nachtheilig seyn.) Die Quellen geben uns einen andern Grund: Cum „in annuos singulos" legatur, non unum legatum esse sed plura constat. Der Ausdruck des Testators ist ent-

scheidend; es muß je auf ein Jahr ein Vermächtniß gegeben seyn. Also der Wille des Testators, daß mehrere V. V. seyen, nicht seine Fürsorge für den Honorirten ist Grund der Mehrheit. — Was sind Codizille? Der Verfasser legt großes Gewicht auf einen Ausdruck des Theophilus, und nennt sie darum eine Ergänzung des Testaments oder der Intestaterbfolge (§. 16) — als ob ein Testament ꝛc. für sich nicht vollkommen wäre. Uns dünkt ein Wort des Paulus (ad testamentum *pertinent* codicilli — l. 16 D. h. t.), wornach Codizille bloßer Nebenwille neben einem gewissen Hauptwillen sind, das Beste zu sagen, was man über Codizille sagen kann; die römische Jurisprudenz hat diesen Begriff des Codizills sogar für Intestatcodizille aufrecht gehalten, indem sie das Erbrecht der Intestaterbfolge auf einen Willen des Erblassers (den Hauptwillen) zurückführt: creditur paterfamilias sponte sua his relinquere legitimam hereditatem: l. 8 §. 1; l. 3 D. h. t. — „In den Willen des Beschwerten (§. 31) kann kein Vermächtniß gelegt werden, es geschehe denn in der Form einer potestativen Bedingung, oder es wäre das Vermächtniß von dem Willen des Beschwerten als einem arbitrium boni viri abhängig gemacht worden.“ So drückt sich der Verfasser aus; — gewiß richtig; ob auch so vollkommen wie die Quellen? Diese unterscheiden zwischen einem plenum arbitrium und einem das nicht plenum ist (l. 11 §. 7 D. leg. III.), also zwischen bloßer Willkür, und einer etwas gebundenen Freiheit des Willens. — Bedingungen wollen zu rechter Zeit erfüllt seyn. Wenn nun der Verfasser (§. 36 c.) sagt, daß sich die rechte Zeit „zunächst durch die Natur der Bedingung oder den Willen des Erblassers“ bestimme, so wissen wir immer noch nicht, was „zunächst“ entscheidet; in denselben Stellen aber, die der Verfasser allegirt, findet sich der in meiner Hand-Ausgabe von alter Hand roth unterstrichene Spruch: In conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones, und dann die „triplex natura“ der Bedingungen so faßlich dargelegt daß wir nicht wissen, warum der Verfasser sie hat liegen lassen. —

Bedingungen können nicht theilweise erfüllt werden, es wäre denn das Vermächtniß mehrerer Personen unter einer theilbaren oder untheilbaren Potestativ-Bedingung verschafft worden.“ Wie kann dieselbe Bedingung, welche untheilbar ist (eine „untheilbare

potestative Bedingung"), theilweise erfüllt werden? Die Quellen kennen allerdings eine „divisio conditionis" ein scindi conditionem;" eine solche divisio conditionis lassen sie eintreten, wo mehreren ein Vermächtniß gegeben ist, z. B. si decem dederint; wäre es ihnen aber gegeben unter der Bedingung: „si insulam aedificaverint," also unter einer untheilbaren Potestativbedingung, so sagen sie: dividi haec conditio non poterit, l. 13 pr. D. manum. test. (40. 4.) Wenn wir nun gleichwohl wissen, daß der Verfasser nichts Unrichtiges gedacht hat, so hat er doch nicht quellenmäßig gesprochen.

Auf derlei kleine Aussetzungen beschränkt sich alles was wir gegen das Buch zu sagen haben; im übrigen empfiehlt es sich gleich sehr für den praktischen wie den theoretischen Gebrauch. Für alle ist gesorgt durch eine sehr zweckmäßige Scheidung von Text und Anmerkungen. Letztere wachsen nicht selten zu kleinen Abhandlungen über einzelne Punkte an, welche, besonders exegetisch werthvoll, den wissenschaftlichen Werth des Ganzen bedeutend steigern. Der Text gibt überall nur Resultate, aber, viel ausführlicher als Compendien zu seyn pflegen, steigt er wo immer die Natur des Stoffes es fordert herab bis zur Casuistik. So z. B. werden alle die Lagen, in welche bei Vermächtnissen die Bedingung gerathen kann, ausführlich verfolgt.

Die bis jetzt erschienene 1ste Abth. gibt zunächst in sicheren Zügen die Geschichte des Vermächtnisses bis auf Justinian (§. 1—14), dann folgt die „Form der Anordnung" (§. 15—42), worunter der Verfasser den Gegensatz der testamentarischen und codizillarischen Anordnung, die Form des Willensausdruckes und die Nebenbestimmungen begreift.

Wir fühlen die Ungerechtigkeit, welche diese Anzeige gegen den Verfasser dadurch verschuldet, daß sie die Punkte, in welchen er diese Lehre gefördert hat, nicht namhaft macht. Allein einen Theil der Schuld, daß wir diese an sich sehr schwierige Aufgabe nicht lösen, trägt der Verfasser selbst; darum weil er sich zu dem vor ihm Vorhandenen in einen bestimmt oder leicht erkennbaren Gegensatz nicht gesetzt hat.

Bz.

13) **Das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Singular- und Universalvermächtnissen, nach römischem Rechte. Inauguralabhandlung von Ernst Aug. Seuffert. München 1854. Lit. art. Anstalt.** (8. B. 9.)

Diese Schrift, wenngleich erst Inauguralabhandlung, ist eben so gut durchgeführt als angelegt. Klar in Gedanken und sicher im Ausdruck schreitet sie ihrem Ziele, sich nirgends überholend, in Ruhe entgegen — was bei der Jugend des Verfassers gewiß viel sagen will. Durch die Sorgfalt, mit der auf Quellen und Literatur, auf historische Vorgänge, wie auf praktische Folgen Bedacht genommen ist, liegt ein kleiner, aber juristisch interessanter Punkt in erschöpfender Behandlung vor uns. Der Verfasser hat gleich beim ersten Wurfe sich seines Namens würdig gezeigt.

Dürfen wir übrigens aufrichtig aussprechen, was uns der vorliegenden Arbeit gegenüber denn doch noch auf dem Herzen liegt: wir wünschten, daß der Verfasser manchmal weniger Ruhe, oder Sicherheit, manchmal etwas mehr Leidenschaft oder Kühnheit gehabt hätte. Es kommen in vorliegender Materie Fragen vor, die uns noch in Unruhe lassen, oder in denen wir der herrschenden und des Verfassers Ansicht gerne den Streit verkünden möchten. Dahin gehört die Hauptfrage: ob denn das gesetzliche Veräußerungsverbot, von dem die Schrift handelt, überhaupt existirt.

Natürlich kann von einem Veräußerungsverbot nur die Rede seyn, wo an sich die Möglichkeit der alienatio vorhanden, wo Eigenthum 2c. ist. Demgemäß mag zwar Justinian dem Onerirten für alle Fälle die Veräußerung der vermachten Sache untersagen: nichtsdestoweniger ist dieses Verbot in den (mindestens) meisten Fällen unnöthig, weil (mindestens) in den meisten Fällen — soferne nur die Sache dem Erblasser gehörte — der Honorirte, nicht der Onerirte das Eigenthum hat. All das wird vom Verfasser klar und ins Einzelne auseinandergesetzt. Aber einige Fälle, in denen der Onerirte Eigenthümer, also das Verbot nöthig sey, nimmt der Verfasser denn doch an. Und eben hier ist uns der Verfasser zu gelassen. Wir wollen nur einen dieser Fälle, den meisterwogenen hervorheben.

Wenn das Vermächtniß betagt sey, ex certo die, so bleibe der Onerirte bis zum dies veniens Eigenthümer. Warum? Wir schlagen es dem Verfasser besonders hoch an, daß ihn die sonst

hiefür allegirten Pandektenstellen nicht überzeugen (S. 47 Anm. 3). Wenn nicht der Quellen wegen, warum denn? Weil „die Constituirung eines Nießbrauchs durch einfache Beifügung einer Zeitbestimmung sich nicht mit der strengen Natur der alten Legate, mit dem Erfordernisse der bestimmten Wortform, in welcher das ganze Verhältniß genau bezeichnet werden mußte," vertragen habe. Vf. nimmt an, daß wenn das Eigenthum sofort auf den Legatar überginge, der Erbe inzwischen Usufructuar seyn müsse. Hingegen mahnen wir aber an den nächstbesten Fall eines Retentionsrechtes. Einen weiteren Grund sieht der Verf. darin, „daß der Erbe bezüglich der per vindicationem vermachten Sache gegenüber dem Legatar in ein fortlaufendes Obligationsverhältniß komme, was nicht zu vermeiden gewesen wäre, wenn der Erblasser den Erben stillschweigend zum Curator oder Vermögensadministrator des Legatars gemacht haben würde." Allein heutzutage concurrirt überall mit dem Eigenthumsvermächtnisse ein Forderungsrecht, mit der in rem actio eine in personam actio; für das classische Recht verdiente das Verhältniß der actio ex testamento zur rei vindicatio einige Erwägung; und warum sollte denn das Verhältniß, in welchem der Erbe beim Vindicationslegat vom Erbschaftsantritt oder der Annahme des Vermächtnisses an bis zur Ausantwortung der Sache stand, nicht bis zu einem dies veniens fortgesetzt werden können? Denn vom Tage des Erbschaftsantrittes oder der Vermächtniß-Annahme an galt der Legatar als Eigenthümer. So können wir uns bei der Annahme des Verfassers, daß das betagte Legat erst mit dem dies veniens dem Legatar Eigenthum verschaffe, noch nicht beruhigen; oder sollen wir uns damit trösten, daß dieser Satz „von jeher ganz allgemein in der Theorie anerkannt ist?"

In einigem Zusammenhang mit dieser Frage steht eine andere: ob das alte Vindicationslegat überhaupt einen solchen dies ertrug oder nicht. Auch uns leuchtet ein, daß nicht. Warum? Der combinirte Grund des Verfassers, daß der Testator das dem Erben überlassene Eigenthum nicht habe zeitlich beschränken können, daß aber beim Eintritt des dies eine revocatio ex tunc nicht möglich gewesen, geht von der Voraussetzung aus, daß der Testator vorher den Erben mußte Eigenthümer werden lassen. Allein eben diese Voraussetzung ist noch nicht begründet.

In den Legaten wie anderwärts erklärt sich viel durch Beherzigung der jedesmaligen Anordnungsweise. So dürfte sich auch für das Vindicationslegat daraus, daß der Testator gibt, und daß er gibt, und daß er zehn Jahre nachdem er gestorben ist nicht mehr geben kann, einiges erklären lassen, und fast dürften wir von da aus zu einer von der herrschenden Theorie abweichenden Auffassung des heutigen Eigenthumsvermächtnisses gedrängt werden. Doch hievon ein andermal.

Ein Beispiel wie sehr es in den Ueberbleibseln der Alten auf das Wort ankommt gibt auch folgende, von dem Verfasser, wie von Puchta u. a. etwas stiefmütterlich behandelte Stelle aus dem westgothischen Gajus: In quo legato (sinendi modo) non quidem heres legatario rem quae relicta est, jubetur tradere, sed vindicanti legatario non permittitur prohibere. Aller Augen sind hier auf „vindicanti" gerichtet; wie soll der Legatar aus einem sinendi modo legatum vindiciren können? Das „prohibere" aber wird außer Acht gelassen, und doch verweist es uns an rechter Stelle auf das „jus prohibendi", das dem Eigenthümer gegen jeden Eindringling zusteht, dessen sich aber der Erbe gegen den Legatar, der die ihm sinendi modo („sumito") ausgesetzte Sache selbst holt und wegnimmt, begeben muß. So ist es uns nicht zweifelhaft, daß das „vindicare" hier nicht die Klage, sondern die außergerichtliche Unterwindung der Sache durch den dazu berechtigten Legatar bedeutet. In diesem Sinne scheint uns das Wort auf dem von dem Verfasser in Anspruch genommenen Quellengebiet noch einmal vorzukommen: in der Hauptstelle für unser Veräußerungsverbot: l. 3 §. ult. C. comm. leg. et fideic. — in his omnibus casibus legatario omnis licentia pateat rem vindicare *et sibi assignare nullo obstaculo ei a detentatoribus opponendo.*

Bz.

VII.

Das römische und deutsche Recht in der Gegenwart und die Aufgabe der modernen Rechtswissenschaft in der Zukunft. [1])

Rud. Ihering. Geist des römischen Rechts auf den verschiedene Stufen seiner Entwickelung. 1. Theil. Leipzig, 1852. 336 S.
C. A. Schmidt. Der principielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte. 1. Band: Die Verschiedenheit der Grundbegriffe und des Privatrechts. Rostock und Schwerin, 1853. 340 S.
Gust. Lenz. Ueber die geschichtliche Entstehung des Rechts. Eine Kritik der historischen Schule. Greifsw. und Leipzig, 1854. 350 S.
Esmarch. Römisches und germanisches Recht. Mit Beziehung auf Schmidt u. s. w. (in der allgem. Monatsschrift, December 1853. S. 1012—1054.)

§. 1.

Der Leib hat seine Sinne, durch welche er sich mit der umgebenden Außenwelt in Beziehung setzt und in Verkehr erhält. Auch der Geist des Menschen hat seine Sinne, durch die ihm der

---

[1]) Vorbemerkung der Redaction. In dem Vorworte zu dieser Zeitschrift ist es als eine Hauptaufgabe der heutigen Rechtswissenschaft bezeichnet worden, sich über das Verhältniß des römischen und des deutschen Rechtes zu der modernen Rechtsbildung klar zu werden. Im Interesse einer vielseitigen Erwägung dieser wichtigen Frage hat die Redaction daher neben dem gediegenen Votum von Delbrück auch dem nachfolgenden ausführlich motivirten Urtheil von Kuntze gerne freien Raum gewährt und hofft, die Leser dieser Zeitschrift werden die geistige Anregung und die Förderung der wissenschaftlichen Einsicht, welche wir demselben verdanken, mit uns willig anerkennen. Um jedoch Mißverständnisse über ihre eigene Gesinnung zu verhüten, fühlt sie sich an dieser Stelle zu der Erklärung veranlaßt, daß sie damit die Er=

Rapport mit den ihn umschlingenden Sphären der geistigen Gedankenwelt vermittelt wird. Ein feinerer Sinn bringt tieferes Verständniß und energischere Schöpfungskraft zu Wege. Das erfahren wir an Individuen wie an Völkern. Es gibt einen Sinn für Natur und Geschichte, für Mathematik und Recht, für Kunst und Religion, einen praktischen, kritischen, logischen, grammatischen Sinn; und wem solcher Sinn von der Natur versagt ist, den wird man vergeblich versuchen einzuweihen in das innere Heiligthum des betreffenden Gebietes.

Unter allen Wissenschaften fällt, dünkt mich, den Deutschen die Rechtswissenschaft am schwersten. Für sie hat er am wenigsten natürlichen Sinn und Trieb, die schwächste Anlage. Zwar hat der Deutsche gewiß unter allen Völkern am meisten und längsten über Logik reflectirt, aber vielleicht unter allen (um die Spitze der Civilisation gruppirten) Völkern die kärglichste Mitgift an natürlicher Logik, den geringsten Grad organisatorischen Formensinnes in sich. Hierin, so scheint mir's, wurzelt die Unklarheit politischer Gestaltung, an welcher Deutschland krankt, so lange sein Name genannt ist. Hieraus ward die Thatsache geboren, daß unter allen Wissenschaften im wissenschaftlichen Deutschland keine so wenig populär ist und keine Doctrin so wenig von lebendiger und gemüthlich-unmittelbarer Theilnahme des (gebildeten) Publicums gehoben und erfrischt wird, wie die Rechtswissenschaft. Hierin ruht meines Erachtens der letzte Grund jenes bis zum Ekel wiederholten Thema's von der Riesenkluft zwischen Theorie und Praxis, die den beiden Hälften des Platonischen Menschen

---

örterung keineswegs für abgeschlossen erachte, vielmehr wird aus ihrer Mitte eine in einigen wesentlichen Beziehungen abweichende Meinung in einem der nächsten Hefte ausgesprochen und begründet werden. Auch darf sie, eingedenk ihrer, von dem Verfasser dieser Abhandlung selbst mit Nachdruck gegen Lenz betonten Pflicht nicht verschweigen, daß dieselbe nach ihrer Ansicht zuweilen in jugendlich übersprudelndem Eifer das richtige Verhältniß der beurtheilten Personen und ihrer Leistungen übersehe, und gelegentlich ohne Maß urtheile. Wir Juristen sind aber vor andern darauf angewiesen, das rechte Maß und die würdige Form stets zu beachten, und dürfen die übeln und etwas plebejischen Gewohnheiten anderer gelehrter Kreise auch in unsern kritischen Arbeiten nicht einreißen lassen.

vergleichbar sich suchend ruhelos umherschweifen. Hierin endlich finde ich die Erklärung für eine andere Erscheinung, welche vielleicht paradox klingend in meiner Ueberzeugung nicht minder fest steht, wie die eben genannten: daß nämlich unter sämmtlichen Wissenschaftszweigen, welche dem reichhaltigen Borne deutscher Geistesarbeit entsprangen, die Rechtswissenschaft verhältnißmäßig am weitesten zurück ist.

Wenn man hervorhebt, daß der Juristenstand der unpopulärste unter den die Intelligenz vertretenden Berufsständen sey, so muß das einseitig und psychologisch unmotivirt genannt werden. Es ist hinzuzufügen, daß keine Wissenschaft unter uns Deutschen bei ihren eigenen Vertretern so unpopulär ist, als gerade die Rechtswissenschaft. Ich wenigstens kann die vielfach gemachte, einen für seine Wissenschaft wahrhaft Begeisterten niederdrückende Erfahrung nicht verhehlen, daß keine Wissenschaft der größeren Mehrzahl ihrer Bekenner ein so geringes Maß innerer und höherer, ich möchte sagen, gemüthlicher Befriedigung gewährt, als die Rechtswissenschaft; eine Erfahrung, welche durch einen frappanten Vorfall aus meiner nicht fernen Umgebung den Stempel der drängendsten Wahrheit für mich erhalten hat. Will man ein greifbares Symptom dieser Krankheit? Schauet euch um und forschet in den heimlichen Stüblein der Gelehrten und in den Sälen der Praktiker, wo am meisten Allotria, Liebhabereien, Steckenpferdchen neben oder über der Berufssphäre gehegt und gepflegt werden, wo die Berufsthätigkeit am offensten als mühselige Zukost durchs Leben geschleppt wird, wo die Fäden, die des rechten Mannes Seele mit seinem Berufe verknüpfen und vermählen sollen, am schwächsten und spärlichsten sind?! Möchten wir uns doch weniger durch den Glanz unserer bürgerlichen Stellung und jenes Dat Justinianus honores blenden lassen und herzhaft am Symptome der Krankheit uns herunter bis zu ihrem Grund und Sitz arbeiten! Heilung der Wunde ist durch ihre Kenntniß bedingt: das sagt man uns heute nicht zum erstenmale.

Welcher Aufwand von Hülfsmitteln, welcher Verbrauch von Gelehrsamkeit und Scharfsinn! Welcher Stoff aufgespeichert in drei Jahrhunderten deutscher Ausdauer und Gewissenhaftigkeit! Und manchmal noch kommt mir die deutsche Rechtswissenschaft mit aller ihrer Selbstgenügsamkeit und prunkenden Außenseite vor wie

ein gieriger Harpar, der des zusammengescharrten Goldes Haufen auf Haufen um sich aufthürmt und in den leblosen Massen und Klumpen, zwischen den seelenlosen Gestalten der geprägten Münze, erstarret und vertrocknet. An endlosen Fäden, durch tausende von Gängen und Adern hat sich deutsches Studium in dem mächtigen Bau des römischen Rechtes umhergewunden, jedes Fältchen geöffnet, jeden Winkel gekehrt, jedes Klümpchen zerpocht. Man schwärmt für den riesigen ehernen Bau. Man wähnt schon den Geist des gewaltigen Baumeisters in sich. Und nun! da man endlich der anpochenden Mahnstimme des modernen Verkehrsbedürfnisses das Pförtlein der Theorie nicht länger mehr verschließen kann, da zieht man sich schüchtern auf das bequeme Bänkchen eines mattherzigen Compromisses zurück und setzt die unsichern Füße auf das preisgegebene Werk von sechs Jahrhunderten. Von diesem Compromißbänklein will ich zuletzt reden. Wir haben es dabei nach meiner Ueberzeugung mit einer Lebensfrage der deutschen Juristenwelt zu thun.

Welche ist denn die Stufenfolge der Gründe, aus denen sich die Geburtswehen der deutschen Rechtswissenschaft herschreiben, die immer offener zu Tage treten? 1) Unsere Wissenschaft soll populärer werden! 2) Die Behandlung des römischen Rechtes soll eine geistigere werden! 3) Die Rechtswissenschaft überhaupt soll einer Erneuerung unterzogen werden, durch welche sie in näheren Bezug zu den übrigen Wissenschaftsgebieten tritt. In dieser sicheren Harmonie der Wissenschaftszweige wird einst die wahre Vergeistigung und die ächte Versöhnung der Wissenschaft mit dem Leben gefunden seyn. Das fühlt man auch, aber bekanntlich sind Morgennebel der Ahnung nicht Sonnenstrahlen des Bewußtseyns. Ich habe den äußerlichsten, handgreiflichsten, nächsten Grund zuerst, den innerlichsten, geistigsten, obersten Grund zuletzt genannt. So stellen sie sich zu einander. Alle drei aber schlängeln sich, bald verborgener schleichend, bald lebensfrischer hervorblitzend durch viele, die meisten der kleinen wie großen Schriften, welche uns die letzten vierzig Jahre gebracht haben.

Wie Meteore erheben sich die geschärften Blicke einzelner freierer Geister, deren Abwege Wegweiser der richtigen Bahn waren, über das armselige Niveau mikrologischer Pedanterei. Ich will nicht an Leibnitzens Würdigung des inneren Werthes römi-

scher Jurisprudenz, oder an J. G. Schlossers geistvolle legislatorische Speculationen, nicht an die Feuerbach'schen Lichtfunken erinnern. 1815 erschien von G. Hufeland ein zur Erläuterung seines Lehrbuchs des gemeinen Civilrechts bestimmtes Handbuch unter dem Titel: „Ueber den eigenthümlichen Geist des röm. Rechts im allgemeinen und im einzelnen mit Vergleichung neuer Gesetzgebungen.“ Diesen „Geist des röm. Rechts,“ welcher bei Hufeland eigentlich nur ein kleiner auf dem breitmäuligen Titel und in der mäßigen Einleitung herumstolzirender Genius ist, sehen wir dann, mächtig anschwellend, in den Brennpunkt Hegelscher Dialektik zusammengefaßt. Dieser Brennpunkt aber ist der Ausgangspunkt für alle späteren Versuche geworden. Was Löser [1]) und Buttel, [2]) Leist [3]) und Rauh [4]) in kleinen, Gaus und J. Christiansen, Stahl und Hasner [5]) u. a. in größeren Schriften über Rom und sein Recht aus- und angeführt haben, wäre ohne Hegel so nicht vorhanden.

Zu diesem Streben nach idealerer Behandlung des röm. Rechts gesellte sich neuerdings das Bedürfniß einer populäreren Darstellung des Rechtsstoffes überhaupt, und schüchtern blickt zwischen diesen zwei Richtungen der Keim jenes dritten Momentes hindurch, in dessen Herausarbeitung dereinst die Spitze deutscher Rechtswissenschaft auslaufen wird. Drei an äußerem Umfange ganz gleiche Schriften sind es, welche in rascher Aufeinanderfolge den reifenden Geist der Gegenwart kund geben und als die Herolde einer Neuzeit gelten können, welche auf den von der s. g. philosophischen und historischen Rechtsschule gegründeten Grundlagen den letzten Aufbau zu beginnen berufen ist: die Schriften von Ihering, Schmidt, Lenz.

§. 2.

Es ist ein Vorrecht des reifen Geistes, seine Entwickelungsstadien durch den Spiegel des Bewußtseyns zu controliren. Und

---

[1]) Entwickelungsgesetz des Zeitgeistes. 1844.

[2]) Ueber die Geltung des röm. Rechts. 1846.

[3]) Ueber die Entwickelung eines positiven gemeinen Rechts in der civilis. Menschheit 1846.

[4]) Anti-contrat social 1854.

[5]) Filosofie des Rechts und seiner Geschichte in Grundlinien. 1851.

was sein Vorrecht — ist auch seine Pflicht. So im Leben, und nicht anders in der Wissenschaft. An den Vertretern der Wissenschaft also ist es, sorgsam Act zu nehmen von jeglichem Schritte, welcher vorwärts gethan wird im Großen und Ganzen. Ich will in Folgendem auch mein Theil beizutragen versuchen, indem ich hier den Wunsch vorausstelle, daß, wenn die Lebendigkeit meiner Ueberzeugung mich zu tiefeinschneidenden Einwendungen, zu scharfem Tadel und derben Farben drängt, man diese Einwendungen, Tadel und Farben so unbefangen auffassen möge als sie gemeint sind. Nicht den Personen gilt es, wo ein hehres Ziel vorschwebt — nur den Leistungen und der Sache; führte aber der Weg nur über die Personen hinweg, nun wohl, so müssen diese oder jene zum Opfer fallen. So will's der Gang der Geschichte!

Ich beginne mit Ihering. Denn er hat das unbestreitbare Verdienst der zeitlichen Priorität. Der erste Band seines Werkes genügt, um zu ermessen, welcher des Verfassers Standpunkt gegenüber dem röm. Rechte im Ganzen und Allgemeinen ist — und nur auf das Allgemeine kommt es uns an.

In drei Massen legt sich des Buches Inhalt aus einander, als dessen Aufgabe „Charakteristik des röm. Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwickelung" bezeichnet wird.

I. Die Einleitung (S. 1—82) handelt von der „Aufgabe der Rechtswissenschaft und der Methode der Lösung." Es heißt hier: Die gegenwärtige Generation der Juristen müsse darauf gerüstet seyn, das röm. Recht in seiner bisherigen Gestalt scheiden zu sehen, allein dasselbe werde einen ansehnlichen Theil desjenigen Materials liefern, aus welchem der Neubau unseres Rechts hervorgehen müsse, und Weisheit verlange sonach „genaue Prüfung dieses Materials" zum Zwecke der „Auseinandersetzung mit dem röm. Rechte", damit der Abschluß des Assimilirungsprocesses in gesundem Maße verwirklicht werde. Eine erschöpfende Prüfung des röm. Rechts könne nur in der Zusammenfassung des specialhistorischen, des comparativen und des legislatorischen Standpunktes gefunden, und an diesen drei Betrachtungsweisen müsse sich versucht werden. In dem Verhältniß der ersten Betrachtungsweise, welche das Thema vorliegender Schrift bildet, zu den zwei übrigen sey das höhere Ziel dieser vorbereitenden Schrift zu suchen. —

Noch sey keiner jener drei Standpunkte erreicht, auch der erste nicht, denn wohl lebe in den Vorkämpfern des röm. Rechts „das Gefühl seiner Größe,“ „aber an eine Begründung dieses Gefühls“ habe man kaum gedacht, das sey „höchst auffallend, wie wenig Sinn für eine solche Materialkritik des röm. Rechts in unserer Literatur“ vorhanden sey; doch liege der Grund dieses Versäumnisses „nicht im Nicht-Wollen, sondern im Nicht-Können,“ es fehle dazu „unserer romanistischen Jurisprudenz sowohl an der subjectiven Fähigkeit, wie an dem objectiven wissenschaftlichen Apparat.“ Man sey bisher gar zu mikroskopisch zu Werke gegangen, „statt der Lupe bedürften wir der Teleskope, statt einer Kritik, die die Ueberlieferungsform des röm. Rechts, die Handschriften, Varianten u. s. w. zum Gegenstand hat, einer Kritik des Rechts überhaupt, einer allgemeinen Naturlehre desselben.“ Von diesem Standpunkte aus sey Höheres zu erreichen, als „das Ziel der bloßen Reproduction des röm. Bewußtseyns.“ „In demselben Maße, in dem die allgemeine Naturlehre des Rechts auf rechtsphilosophischem und empirisch-comparativem Wege sich vervollkommne und an neuen Begriffen und Gesichtspunkten sich bereichere, werde auch die Einsicht in das wahre Wesen des Rechts steigen.“

Von S. 12 an belehrt uns Jh. in ausführlicher, nicht selten geistvolle Gesichtspunkte und glückliche Wendungen darbietender Weise über die Anforderungen, welche in Gemäßheit der Natur des Rechts sowohl wie des Begriffes der Geschichte an die Methode der rechtshistorischen Darstellung zu machen seyen. Ich möchte kaum sagen, daß Jh. hier Neues bringt, aber muß zugeben, daß er das Alte in schärferen Conturen und kräftigeren Farben herausgearbeitet und den naturphilosophischen Standpunkt der Rechtsbearbeitung mit mehr Geschick, Maß und Vorsicht betont hat, als bisher geschehen ist. Mit Recht unterscheidet er eine anatomische und eine physiologische Betrachtungsweise des Rechts, dem „die Eigenschaften eines Naturproduktes,“ das Wesen eines Organismus zugesprochen werden.

Was hier Jh., indem er zunächst den Bau des Rechtsorganismus beleuchtet, von den Rechtssätzen, ihrer Entstehung und Formulirung und ihrem embryonischen Latent-Seyn, ferner von den Rechtsinstituten, deren systematischer Bedeutung und periodischer Gleichartigkeit des physiognomischen Ausdrucks sagt,

ist deutlich und dienlich und wird auch von manchem unserer vornehmeren Theoretiker nicht ohne Nutzen eingesehen werden; denn, daß die dogmatische Logik des Rechtes „die Blüthe, das Präcipitat der Rechtssätze" sey, scheinen nur zu viele noch nicht gelernt, nicht wenige wieder verlernt zu haben. Es ist unglaublich, welcher Mangel an solider, scharfer, energischer Zusammenfassung und Disciplin des civilistischen Denkens herrscht, nachdem wir drei Jahrhunderte und länger uns an den Brüsten römischer Logik schmunzelnd delectirt haben! —

Feine Andeutungen enthalten die Ausführungen über den alphabetisch verarbeiteten Stoff des röm. Rechts, sowie über die vom Verf. s. g. psychische Organisation und den leiblichen Organismus des Rechts. Doch vermisse ich hier die letzte Feile des Gedankens. Allerdings müssen wir sagen, daß erst römischer Gedankenenergie gelungen sey, im Rechtsgebiet jenen Schritt vollständig zu thun, den der Verf. richtig als das Zeichen einer großen Stärke des intellectuellen Verdauungsvermögens bezeichnet, und den wir mit dem Fortschritt der Sprache von der Einsilbigkeit und Gebundenheit der Redetheile zu der Agglutination, Sonderung der Redetheile und Schöpfung eines Alphabets vergleichen können. Warum aber hat Jh. diesen fruchtbaren Gedanken nicht weiter verfolgt, nicht in Anwendungen gezeigt? Oder ist etwa der zweite Theil seiner Schrift dazu bestimmt, uns das Alphabet des Rechts im röm. Recht nachzuweisen? Hier liegt der Brennpunkt unseres gegenwärtigen Strebens, das uns in kurzem weit über die Gesichtspunkte der ehemaligen philosophischen und der s. g. historischen Rechtsschule hinaustreiben wird. — Ferner: Jh. sagt (S. 34): „Wir wollen diese allgemeinen Ideen und Grundanschauungen eines Volks, die den einzelnen Instituten ihren Ausdruck geben, die Bestrebungen und Tendenzen der Zeit, die im Recht sich verwirklichen, kurz den ganzen Inbegriff aller Triebkräfte die im Recht thätig werden, die psychische Organisation desselben nennen, die Institute des Rechts den gesammten Complex seiner praktischen Organe den Körper desselben. Was da treibt, läßt sich nicht unmittelbar erkennen, und es ist ein Nothbehelf, wenn wir zur Erklärung von Wirkungen die wir sehen, treibende Kräfte, die wir nicht wahrnehmen, supponiren." Ich vermisse auch in der Ausführung dieses Gedankens die eigent-

liche Durchbildung. Jh. meint den gemeinsamen Charakter der einzelnen, den aufeinanderfolgenden Entwickelungsschichten und Schichtengruppen zugehörigen Erscheinungen, die Gleichartigkeit der Rechtsentwickelung, und findet mit Recht den Knotenpunkt dieser Gleichartigkeit, den Sitz der treibenden Kräfte in der Individualität des Volks. Warum aber bezeichnet er die Annahme solcher nicht wahrgenommener Kräfte als einen Nothbehelf? Wozu die Logik nöthigt, die uns sagt, daß keine Bewegung ohne treibende Kraft denkbar sey, das läßt sich doch unmöglich als Nothbehelf auffassen; höchstens Vermuthungen, Speculationen über das Wesen und den Urgrund dieser Kräfte lassen sich etwa als Nothbehelfe bezeichnen. Ich möchte aber auch den gewählten Ausdruck „psychische Organisation des Rechts“ verwerfen. Denn die Triebkraft, der schaffende Wille liegt ganz außerhalb des Rechts; es handelt sich daher um eine Organisation der Seele des Volksthums, aus welchem das Recht hervorstrahlt; das Recht aber bewegt sich nicht selbst, hat nicht Leib noch Seele an sich, es ist selbst kein wahrer Organismus, sondern ein System. Ich werde alsbald hierauf zurückkommen.

§. 3.

Der Verf., von dem Gedanken ausgehend, daß Erforschung und Darstellung des Rechtssystems bloß von Seiten seiner anatomischen Structur ungenügend sey, richtet nun unsre Blicke auf die Organe, Functionen, die physiologische Seite des Rechts. Daß der Zweck der Organe in ihren Functionen liege, die Organe vorhanden seyen, damit sie bestimmte Verrichtungen ausüben, und in diesem Zwecke wiederum der Grund ihrer ganzen Organisation beruhe: dieß gelte wie vom physischen Organismus, so auch von dem des Rechts. Sehen wir zu! Unter Functionen verstehen wir die zusammenwirkenden Kraftäußerungen des Leibes und seiner Organe. Dabei wird ein Leben, eine Thätigkeit vorausgesetzt. Können wir nun im Recht von einem Leben und Thun reden? Das Recht führt mit nichten ein Leben in und durch sich, sondern es ist das Erzeugniß einer Thätigkeit des Volksgeistes; und in der fortwährenden Thätigkeit des sich umgestaltenden Volksgeistes liegt die Geschichte des Rechts, nicht in seinen eigenen Kräften und Trieben. Das Recht also ist kein

Organismus, oder wenn man so will, nur ein passiver, abhängiger, abgeleiteter Organismus, ein System. Von Functionen, in einem dem natürlichen ganz entsprechenden Sinne kann beim Recht nicht die Rede seyn. — Der Verf. sagt, die Function des Rechts bestehe darin, sich (leicht, rasch und sicher) in Wirklichkeit umzusetzen. Wie ist das gemeint? Der Begriff der Function führt doch immer über die Organe selbst hinaus. Des Leibes Function ist, Träger des Geistes zu seyn, der einzelnen Glieder Functionen sind, in der ihnen zugetheilten Richtung zu dem Gesammtleben und Geistesweben beizutragen. So müssen wir auch die Functionen des Rechts, der einzelnen Rechtseinrichtungen und Rechtssätze in etwas Gegenübergesetztem und Höherstehendem, dem sie dienen, suchen. Die Function des Rechts, wenn wir von einer solchen nun einmal reden wollen, ist demnach nicht die Verwirklichung, Realisirung des Rechts, sondern dessen Dienstbarkeit für das menschliche Gemeinleben, die Regelung des Verkehrs. Erst mit diesem Gedanken retten wir uns aus der Kreisbewegung, in welche der Verf. mit seiner Begriffsbestimmung gerathen ist. Was aber derselbe unter Realisirbarkeit (Anwendbarkeit und Verständlichkeit der Rechtssätze) versteht, das scheint mir nur eine besondere (immerhin berücksichtigungswerthe) Qualität der Structur zu seyn und mithin unter die anatomische Betrachtungsweise zu gehören. Die Physiologie des Rechts hat es sonach meines Erachtens mit den Verkehrszwecken, den praktischen Grundgedanken der Rechtseinrichtungen und Rechtsregeln zu thun, und diese Betrachtungsweise hat allerdings auch eine, doch nur eine secundäre Bedeutung für das Recht: dessen System ist ausschließlich oder doch hauptsächlich auf die anatomischen Momente, nicht auf physiologische Combinationen zu gründen, und wenn der Verf. (S. 42 Anm. 19) meint, daß unsere juristische Methode ein gar zu großes Gewicht auf die (anatomische) Structur der Institute und ein gar zu geringes auf die Functionen lege, so muß ich das Gegentheil behaupten. Unsre ganze Rechtssystematik krankt meiner Ansicht nach ganz hauptsächlich an der unjuristischen Vermischung functioneller doch äußerlicher Gesichtspunkte mit anatomischen, doch innerlichen civilistischen Momenten. So lange man sich noch nicht entschließen mag, juristische Person und hereditas jacens systematisch auseinander zu halten, so lange man

kein Bedenken trägt, Singular- und Universalsuccession unter Einen juristischen Generalnenner zu bringen und den Gegensatz zu der letzteren einseitig auf erstere zu beschränken (da doch der Gegensatz erst durch Hinzunahme der Cession und Novation erschöpft wird), so lange man Intercession und Schenkung als **Obligations**begriffe abhandelt (da sie doch neben der causa onerosa und aleatoria nichts als Kategorien der **Vertrags**gründe sind): wird unser System ein Chaos seyn und uns solchen Irrthümern, wie sie z. B. aus der leidigen Vermischung der Begriffe „Vertrag" und „Obligation" entspringen müssen, unvermeidlich ausgesetzt lassen. Der Verf. führt nun freilich zur Unterstützung seiner Behauptung und Warnung einen Mißgriff Puchta's an, welcher bekanntlich die Vormundschaft in das Obligationenrecht gestellt hat. Allein liegt der Grund, warum wir diesen Schritt allerdings als Mißgriff bezeichnen müssen, wirklich in einer ungehörigen Betonung des anatomischen Gesichtspunktes und in einer ungehörigen Vernachlässigung des functionellen? oder nicht vielmehr in einer unrichtigen Durchführung des an sich berechtigten und richtig verstanden das Vormundschaftsrecht dem Familienrecht anhängenden anatomischen Momentes? Ich meine daß gerade die rechte Würdigung der civilistischen Structur der Vormundschaft uns verhindert, sie dem Obligationenrecht einzuverleiben. [1])

Nach diesem allen muß ich den physiologischen Theil der vom Verf. gegebenen Auseinandersetzung in der Durchführung des richtig geahneten Gedankens für mißglückt halten. An Puchta läßt sich im Ganzen die richtige anatomische Behandlung des Rechts, an v. Savigny (vgl. z. B. das in dessen Obligat. R., Bd. I. über die praktische Bedeutung der Correalschuld, §. 22 Gesagte) die glückliche physiologische Behandlung des Rechts studiren; aber ich muß hinzufügen, daß in beiden Dimensionen, in der systematischen und praktischen noch Großes geleistet werden kann.

§. 4.

Auf S. 51 geht der Verf. dazu über, die Natur und Be-

---

[1]) In meiner Habilitationsschrift (In systemate juris civilis hodierni Doctrina de jure tutelae num juri obligationum adscribenda sit? Lips. 1851) habe ich hierüber mich ausführlich ausgesprochen.

deutung der historischen Bewegung des Rechts, ihre Gleichartigkeit und Gleichzeitigkeit zu schildern. Mit Recht bemerkt er, daß zum Nachtheil der Rechtsgeschichte diese bisher nur als Schlüssel und Magd der Dogmatik, also als bloßes Mittel zum Zweck benutzt und behandelt worden sey, daß man darüber das selbständige wahrhaft fördernde Element der Rechtsgeschichte vergesse. „Trotz aller menschlichen Willkür hat das Recht eine Geschichte und die lenkende Hand Gottes ist in ihr, nur tritt dieselbe nicht immer so erkennbar hervor, wie in der Natur. Man lehrt uns Gott zu erkennen in der Blume und dem Baume, man weist uns auf die Gestirne, um in der Unermeßlichkeit ihrer Zahl und in den Gesetzen ihrer Bewegung das erhabenste Beispiel göttlicher Allmacht zu finden. Aber so hoch der Geist steht über der Materie, so hoch steht auch die Ordnung und Majestät der geistigen Welt über der substantiellen. Wunderbarer als die Bewegung der Weltkörper im Raum ist die Bewegung der sittlichen Gedanken in der Zeit, denn *sie* gehen nicht unangefochten einher wie die Gestirne, sondern sie stoßen bei jedem Schritt auf den Widerstand, den menschlicher Eigensinn und Unverstand und alle bösen Gewalten des menschlichen Herzens ihnen entgegensetzen. Wenn *sie* dennoch sich verwirklichen im bunten Gewirr widerstrebender Kräfte, wenn das sittliche Planetensystem mit derselben Ordnung und Harmonie sich bewegt, wie das Planetensystem des Himmels, so liegt darin ein glänzenderer Beweis der göttlichen Weltleitung, als in allem, was man der äußeren Natur entnehmen kann.“

Ganz recht! Gibt uns die logische Ordnung des Systems eine stärkende Verstandesspeise, so bietet uns die organische Gesetzmäßigkeit der zeitlichen Entfaltung eine veredelnde Gemüthsnahrung. Wie kaum in irgend einer anderen Wissenschaft ist das rechte Studium des Rechts dazu geeignet, den *Charakter* des Mannes zu bilden. Wie die ächte Schöpferthätigkeit im Rechtsgebiete eine Reife des Sinnes, eine energische Gedrungenheit und Geschlossenheit des Wesens voraussetzt, wie der Fortschritt der Rechtsentwickelung — dieß hebt Ih. S. 63 sehr richtig hervor — so lange sie gesund bleibt, in imposanter Ruhe und mächtiger Stetigkeit sich vollzieht: so ist auch die Erkenntniß dieser geistigen Ordnungen ein hervorragendes Mittel solider Charakterbildung und Sammlung des Geistes, an dessen Zerstückelung der Deutsche

flecht. — Vielleicht hätte Jh. gut gethan, mit diesen einleitenden Gedanken die Schlußbetrachtungen seines Buches in näheren Zusammenhang zu bringen; das würde zu förderlicher Betonung jener, wie zu einer Läuterung dieser (davon später) gewiß nicht unmerklich beigetragen haben. Gern hätte ich für solches die etwas weitläufigen Auseinandersetzungen über die chronologische Behandlung des Rechts erlassen. Nicht alles, was als Phase des subjectiven Entwickelungsverlaufes wichtig ist, mag anderen bedeutungsvoll seyn!

§. 5.

Von S. 77 an entwickelt Jh. die Motive des gewählten Planes seiner Hauptdarstellung. Wir fühlen, daß hier der Angel des Ganzen ruht. Es heißt: „Wir unterscheiden in der Geschichte des röm. Rechts drei Systeme, von denen das zweite, dessen Blüthe mit der der Republik zusammenfällt, das specifisch römische ist, den Triumph und die ausschließliche Herrschaft der rein nationalen Ansicht enthält. Die beiden anderen Systeme sind die Endpunkte, durch die dieses Recht mit der außerrömischen Geschichte zusammenhängt, und zwar durch das erste mit der Vorgeschichte, durch das dritte mit der Nachgeschichte Roms. Das erste ist das ursprüngliche Betriebscapital, das Rom von der Geschichte entlehnt, das dritte die reichlich verzinste Schuld und Errungenschaft, die es ihr dafür zurückerstattet, und welche die Geschichte wiederum anderen Völkern zuwendet. Zur Zeit des ersten Systems ist die römische Nationalität erst in der Bildung, zur Zeit der dritten bereits in der Abnahme begriffen, an beiden bewährt sich aber die röm. Kraft, an dem ersten, indem sie dasselbe umgestaltet, an dem dritten, indem sie dasselbe schafft. Die erste That des röm. Geistes auf dem Boden des Rechts besteht darin, daß er sich ein besonderes Gebiet auf demselben ausscheidet, in das er sich zurückzieht, um sich zur höchsten Kraft zu entwickeln, die letzte That, daß er selbst die Schranken aufhebt und wieder in die Welt hinaustritt. Das erste System findet er bereits vor. Die ursprüngliche Bildung desselben fällt über alle urkundliche Geschichte hinaus in jene Zeit, als die Trennung der indogermanischen Völker noch nicht erfolgt war."

Des zweiten Systemes Bildung wird von der zweiten Hälfte der

Königszeit an gerechnet: „In ihm sondern sich Recht und Religion, Staat und Individuum", „was in diesem System zur Erscheinung kommt, das ist kernig, wie die Römer jener Zeit selbst; nichts halbes, nichts unbestimmtes, nichts zusammengesetztes und übergangsartiges, nichts mildes und zartes, sondern alles entweder ganz — oder gar nicht vorhanden; kenntlich bis zur Unmöglichkeit eines Mißgriffes, einfach und aus einem Gedanken herausgearbeitet, aber dieser mit unerbittlicher und grausamer Consequenz durchgeführt." „Der Gedanke, von dem das ganze Privatrecht durchdrungen ist, ist der der Autonomie des Individuums, die Idee, daß das individuelle Recht nicht dem Staat seine Existenz verdankt, sondern aus eigener Machtvollkommenheit existirt, seine Berechtigung in sich selber trägt" (S. 79). Dieses ganze Recht „war auf die Römer der alten Zeit berechnet, sowohl hinsichtlich der Gewalt, die es gewährte, als hinsichtlich der Vorsicht und Sorgsamkeit, mit der man sich auf dem Gebiete des Rechts zu bewegen hatte. Ein anderes Geschlecht, eine andere Gesinnung, eine unerfahrene Hand, und die Freiheit war Zügellosigkeit, die Sicherheit des Rechts Unsicherheit desselben. Mit dem 7 Jahrh. der Stadt tritt diese Wandelung ein" (S. 80. 81.). „Eiserne Willensstärke hatte das zweite System geschaffen, und aufrecht erhalten, die Abnahme derselben führte den Untergang desselben herbei, und das dritte System läßt sich in dieser Beziehung als die Brandstätte römischer Größe und Herrlichkeit bezeichnen. Aber es ist in anderer Beziehung unendlich mehr als ein bloßes farbloses und mattes Residuum des nationalen Rechts; in dieser anderen Beziehung erscheint es nicht als eine Stufe, zu der man aus Mangel an Kraft hinabgefallen, sondern zu der man hinaufgestiegen ist. An die Stelle der moralischen Qualification des römischen Volks, die der Hauptfactor des zweiten Systems gewesen, tritt hier mit gleicher Bedeutung für die Schöpfung des dritten Systems die höchste intellectuelle Begabung. Auf den festen unverwüstlichen Grundlagen, die ihr überliefert wurden, führte sie ein Meisterstück juristischer Kunst aus, wie die Welt dessen gleichen nicht kennt, ein Gebäude von solcher Vollendung und Festigkeit, daß noch beinahe ein Jahrtausend später fremde Völker die verschlossenen Pforten desselben wieder öffnen, um hier ihre Lehr- und Gerichtssäle einzurichten" (S. 81. 82.).

Ich habe Ih. selbst redend vorgeführt, aus Stellen, in denen seine Darstellungsweise schlagend hervortritt, ich füge hinzu: mit allen ihren Vorzügen und Mängeln. Gegen die hier aufgestellte Dreigliederung habe ich im allgemeinen nichts einzuwenden, aber freilich um so mehr gegen das Kriterium, welches die erste und zweite Periode scheiden soll. Hier ist es, wo mir der Grundfehler des Iheringschen Unternehmens zu liegen scheint, der um so auffälliger ist, als das freie Vorbild Ih.'s ihn auf die meiner Ansicht nach einzig richtige Bahn hätte führen müssen.

Ein wichtiges Geschichtsmoment hat Ih., so oft er auch wie unwillkürlich auf dasselbe hingedrängt worden ist (s. z. B. S. 87, 97, 165, 166, 177, 284, 311, 319, 333), doch im Grunde gänzlich außer Acht gelassen, und ich muß es offen gestehen, dadurch den unmittelbaren Werth seiner stofflichen Ausführung des vorgezeichneten Planes auf ein Minimum zusammenschrumpfen, und eine Unklarheit und Unsicherheit über den beleuchteten Stoff sich lagern lassen, die man, gepaart mit sonst so großem Schilderungsgeschick, fast unbegreiflich finden muß. Indem wir uns des hohen Verdienstes lebhaft erinnern, welches sich Ih. durch die allgemeine Anregung erworben hat, und der manchen glücklichen Fingerzeige im einzelnen gern gedenken wollen, müssen wir doch, wenn wir Aufrichtigkeit uns bewahren wollen, den Versuch der Durchführung selbst im Ganzen und Großen für mißlungen erklären. Esmarch hat der größeren Mehrzahl der bisherigen Beurtheiler des Ihering'schen Werkes den Vorwurf gemacht, daß sie am Einzelnen hängend das Ganze nicht umspannt hätten. Ich werde versuchen, das letztere zu thun; der Versuch, das Einzelne zu erschöpfen, würde ein Werk fordern, das an Umfang dem zu beurtheilenden gleich käme.

§. 6.

II. In kurzen Zügen werde ich die Hauptmomente der Ihering'schen Schilderung des ersten Systems geben, um daran einige Einzelbetrachtungen zu knüpfen. Bevor ich aber hierzu vorschreite, möge der Punkt noch genauer bezeichnet werden, dessen Vernachlässigung ich als den Grundfehler des Ihering'schen Versuches ansehe. Er hat den Gegensatz des patricischen Rechts-

elementes und der plebejischen Rechtsauffassung so gut wie ganz ignorirt, und ist dadurch genöthigt worden, die Mannichfaltigkeit des altrömischen Rechtsstoffes, die unverkennbar demselben innewohnende Mehrheit der Grundauffassungen in einer Mehrheit von Principien zum Ausdruck zu bringen, deren inneres Wechselverhältniß zu ergründen eine unlösbare Aufgabe seyn dürfte.

Von Niebuhr, Hegel, J. Christiansen, Puchta, Stahl u. a. ist mehrfach und nachdrücklich auf die hohe Bedeutung des socialen Momentes, welches in der plebejischen Rechtsorganisation gelegen, aufmerksam gemacht worden. Sie kann meines Erachtens gar nicht genug betont werden, denn in der außergewöhnlichen Erscheinung des röm. Plebejerthums hat, wollen wir vor einem höheren allgemeinen Standpunkte geschichtlicher Betrachtung nicht zurückbeben, die Menschheit einen Schritt, den entscheidenden Schritt über die Gebundenheit und Befangenheit der politischen Organisation in den unfreien Naturbanden der Geschlechtseinheit und der Tradition hinausgethan und dem Begriffe der „Person“ zuerst zur vollen Geburt verholfen. Es braucht hier nicht wiederholt zu werden, wie jene außergewöhnliche Erscheinung in der Schöpfung der civilistischen Urbegriffe des paterfamilias, der manus und der familia (pecunia), in denen sich die logische Selbständigkeit des Rechtsgebietes ausspricht, jenen Schritt vollzog, und wie sie in sich alle äußern socialen Vorbedingungen eines solchen gewaltigen Schrittes im vollsten Maße aus der Hand höherer Fügung erhielt. Neuerdings hat Lenz alles dieß in nochmaliger rüstiger Zusammenfassung nicht ohne Talent der Composition dargestellt. Erst durch das Schwungbrett der mächtigen „Persönlichkeit“ des römischen paterfamilias ist das Individuum juristisch aus seiner Befangenheit in den blutseinheitlichen Genossenschaftskreisen vollkommen erlöst worden. Bis dahin hatte die Geschichte, dieß hat nicht bloß Jhering, sondern auch Puchta nicht bedacht, nicht mit den Individuen, sondern mit den blutseinheitlichen Genossenschaften, den Geschlechtern und Stämmen operirt; sie waren bis dahin die einzigen socialen Factoren des Rechtslebens. Die hellenischen, altitalischen und germanischen Stämme zeigen dieß. Nicht die Ueberwindung eines nationellen Gegensatzes — diesen finden wir ja auch anderswo vielfach — sondern die Eigenthümlichkeit einer socialen Configuration, wie sie in gleicher Weise

sonst nirgends zu entdecken ist, war die Axe, und daher soll auch die Hervorhebung der syncretistischen Entstehung des röm. Staats und Rechts weniger an den Gegensatz der Sabiner und Latiner, als vielmehr an den der Patricier und Plebejer anknüpfen. Das nur kann zugestanden werden, daß die plebejische Rechtsauffassung ihren wesentlichen Stoff aus dem lateinischen Recht hergenommen. Im (lateinisch-sabinischen) patricischen Staate erschien das Recht theils in der Form einer objectiven, durch religiöse Weihe getragenen Ordnung (fas), theils auch als der in verfassungsmäßiger Form für einzelne wichtige Fälle ausgesprochene Gesammtwille der Bürgerschaft (lex): Wille der Gottheit, Wille des Staats. Die ideale Ordnung der atomistischen Plebs, gleichsam das Abstractum aus den auf gleichzeitiger Anerkennung ruhenden jura privatorum (Jus, das Bindende, Band; s. Jhering S. 204), das Jus mit seinen scharfkantigen, durch rein innere logische Consequenz gegebenen Begriffen und Qualitäten trat daneben; der Kampf führte zu einem Compromiß, zu einer Ineinanderarbeitung des patricischen Rechtsstoffes, soweit er nicht durch jene Gegnerschaft zerrieben und zerschnitten ward, und des plebejischen Rechtsfonds. Wohl können wir sagen, daß im öffentl. Recht das patricische Princip (wenigstens zeitweise), im Privatrecht das plebejische Princip, welches erst für ein eigentliches Privatrecht überhaupt das Terrain ebnete, zur Herrschaft kam, und wenn wir auch mit C. A. Schmidt annehmen müssen, daß im Ganzen die plebejische Auffassung, wie in der politischen, so auch (und noch früher) in der juristischen Sphäre siegte: so ziehen sich doch durch das ganze System des erwachsenen Rechts nicht undeutliche Spuren jener Duplicität hindurch, eines Dualismus, der, weniger ostensibel, doch von intensiverer Bedeutung als der spätere Dualismus des civilen und prätor. Rechts ist.

Ich sprach von Spuren jener alten Duplicität der Rechtsbegriffe und Rechtsformen. Nur beispielsweise sey hier an die Gegensätze der legis actio sacramento und per judicis postulationem, leg. act. per pignoris capionem und per manus injectionem, der in jure cessio und mancipatio, der sponsio und des nexum, der confarreatio und coemtio, des testamentum in cal. com. conditum und per aes et libram gestum, der cretio und familiae emtio, des legatum per vindicationem und per dam-

nationem erinnert. Was dem Patricier ungeläufig seyn und als etwas sehr Mißliches erscheinen mußte: ungebundene, rein auf individuelles Belieben gestellte Verfügung über das Vermögen, welches damit aus der objectiven Ordnung losgerissen schien, das war dem Plebejer eine nothwendige Vermittelung des successiven Rechtslebens der Generationen; nur in einem laxeren Genossenschaftsverbande konnte die manumissio eine wirklich praktische Bedeutung erlangen, fand die emancipatio principmäßig Raum, war die usucapio praktisch (ungeregelter Verkehr) und juristisch (Präponderanz des besitzenden Hausherrn!) motivirt (s. Bluntschli, deut. Priv. R. §. 62 S. 297 des 1. B.). Nur wenn wir jene durchgreifende Gegensätzlichkeit anerkennen, werden so manche Streitfragen eine befriedigende Lösung, so viele Unsicherheiten schließliche Beseitigung finden. So meine ich z. B., daß die alte Dreigliederung des caput (3 Stufen der capitis deminutio, deren neueste Erklärung durch v. Scheurl, zwar scharfsinnig, doch unbefriedigt läßt) uns erst dadurch vollkommen verständlich werden wird, daß wir ihre historische Wurzel ausschließlich auf das p a t r i c i s c h e Rechtsleben (libertas, civitas, gens — vgl. dazu Ihering, S. 175) zurückführen; daß das wundersame Phänomen der res mancipi uns dann vollständig erklärbar werden wird, wenn wir es als ein ursprünglich der Plebs angehöriges, aus ihr hauptsächlich hervorgegangenes Institut betrachten. So erklärt sich vielleicht auch auf die natürlichste Weise jene eigenthümliche Verbindung der obrigkeitlichen Autorität (coram Praetore) und der privatlichen Zeugengarantie (litiscontestatio! s. Ihering, S. 135) und die so häufig wiederkehrende Verbindung von jus und lex (vgl. z. B. Liv. III. 55. Cic. pr. Caec. c. 25, 26. Gell. V, 19. Gai. II. 104, 167) in den alten Formeln: dem jene Duplicität Ignorirenden eine unbegreifliche Tautologie, für welche in dem Hinweis auf den Solennitätswortreichthum jugendlicher Völker ein wie mir scheint ärmlicher Erklärungsnothbehelf gefunden ist. Noch manches ließe sich dem beifügen!

§. 7.

Ich kehre zu der Ihering'schen Darstellung zurück. Die Schilderung des 1. Systems wird durch folgende allgemeine Betrachtungen eingeleitet (S. 86—98): So vielen Reiz das Eindringen in die kindlichen Urzustände eines Volks für den Geschichtsforscher habe, so bedenklich sey doch solche Beschäftigung mit dieser Vergangenheit da, wo geringe äußere Spuren der Urzeit vorlägen, und die Schwäche des „nationalen Erinnerungsvermögens" selbst im Stiche lasse. Diese Schwäche aber finde sich namentlich bei solchen Völkern, welche erst durch langwierige Kämpfe aus sporadischen Elementen zu einer nationellen organischen Einheit zusammengewachsen sind, und zu diesen gehöre vor allen das römische Volk. „Für dieses Subject ist jene Periode des Bildungsprocesses gewissermaßen eine Vorzeit, die es selbst nicht erlebt hat, und in der es sich fremd fühlt." Nichtsdestoweniger könne auch hier, und zwar an der Hand etymologischer Forschungen und vorsichtiger Rückschlüsse aus späteren geschichtlichen Thatsachen, der Versuch einer Reconstruirung „jenes primitiven Systems der Rechtsanschauung" gemacht werden. „Wann, wo und wie lange es existirt hat, das läßt sich freilich nicht angeben, aber man bescheide sich zu wissen, daß das röm. Recht sich von dieser Grundlage aus emporgehoben hat."

Einen mit Vorsicht zu benutzenden Anhalt gebe die höchst charakteristische Sage, in welcher sich Roms Entstehungsgeschichte und die röm. Kosmogonie des Rechts psychologisch wiederspiegeln. Nach dieser Sage liege der Uranfang in der absout ersten Stufe der Geschichte überhaupt: in der Herrschaft der Willkür und Gewalt; der Bildungsproceß habe „den ganzen Weg vor der natürlichen Wildheit eines vorstaatlichen Zustandes, dem atomistischen Nebeneinanderbestehen der Individuen bis zur Bildung eines Volkes und Staates und zur Gesittung und Religion" zurückzulegen gehabt, und somit schließe Rom ohne Muster und Vorstufen in seinen Rahmen die ganze röm. Welt und führe alles, was es geworden, und woraus es geworden, ausschließlich auf sich zurück. Diese Auffassung nun enthalte freilich nicht Thatsachen, sondern sey als der Reflex der röm. Fundamentalvorstellung von der Bildung

des Rechtes und Staates zu verstehen. Das Thatsächliche dabei sey, daß es „jedenfalls einen festen Kern der Bevölkerung, einen Stamm gegeben, an den sich jene atomistischen Bestandtheile anschlossen und dem sie sich assimilirten,“ daß somit Rom von vornherein eine historische Mitgift mitgebracht, die „röm. Rechts- und Staatsbildung keine primäre, sondern eine secundäre“ sey.

Eine Reconstruirung dieser historischen Mitgift Roms will nun Jh. versuchen. Dieß ist's, was er unter den „Ausgangspunkten oder Urelementen des röm. Rechts“ versteht, und unter folgenden Rahmen zusammenfaßt (S. 98): „Auch wir werden wie die Sage zu den ersten Anfängen des Rechtes zurückgehen und mit ihr gleichen Schritt halten, indem wir nämlich an die Stelle jener 4 Abstufungen in der Bildungsgeschichte des Rechts, die sie uns vorführt, dem vorstaatlichen Treiben der Individuen, der Bildung des Staats, dem Auftreten der Religion, der Annahme des Völkerrechts, drei Principe setzen werden, nämlich das Princip des subjectiven Rechts, jener ersten Stufe entsprechend, das Princip der Familie und Wehrverfassung, mit seiner staatsbildenden Kraft der zweiten Stufe correspondirend, und sodann das religiose Princip, welches mit der dritten zugleich jene vierte Stufe in sich schließt, indem nämlich das Völkerrecht unter dem Schutze desselben steht.“

Mit diesem Plane wendet Jh. kühnen Griffes in eine unbestimmte Vergangenheit sich zurück, den ersten Keimen des Rechts und Staates nachspürend, die „Verbindungslinie“ aufsuchend, welche von „dem Individuum oder der Gemeinschaft der Individuen“ zu dem gewordenen Staat und Recht führe, und mit dem Gedanken operirend, „daß es irgend einmal keinen Staat gegeben habe.“

Ich will dahin gestellt seyn lassen, ob eine Zeit ohne alle staatlichen Anfänge, eine vorstaatliche Geschichte überhaupt denkbar sey. Aber protestiren muß ich nachdrücklichst gegen den willkürlich gesetzten Ausgangspunkt: das Individuum. Alle beglaubigte Geschichte und Erfahrung sprechen meines Erachtens gegen die abstracte Auffassung des Urzustandes als eines mathematischen Aggregats loser Individuen. Nirgends hat die Geschichte bei den Individuen begonnen; allenthalben ist die erste, die ur-

sprüngliche sociale Größe, mit welcher die Geschichte operirt, bei welcher die Organisation des Menschengeschlechts begonnen, die Familiengenossenschaft. Familienkörperschaften sind die politische Urthatsache, die primitiven Factoren der menschlichen Gesellschaft. Von dieser Urthatsache aus bewegt sich der große Entwickelungsverlauf der bürgerlichen Gesellschaft durch die verschiedenen Stadien und Schichtengruppen des Gemeinde-, Lehens-, National-, Föderativstaats-Verbandes und der Ständegliederungen hindurch, um zuletzt in einer frei organisirten Association der Individuen auszumünden. Es ist ein Grundfehler Puchta's, daß er die geschichtliche Entwickelung auf dieselbe Basis stellen wollte, auf welcher das, ganz absonderlichen historischen Thatumständen entsprossene, fertige theoretische System des röm. Privatrechts ruht. So wenig Ih. sonst vielleicht seines Meisters Auffassung der römischen Rechtsbildung adoptirt hat (vgl. z. B. Puchta, Instit. Bd. I. §. 43, 44, Bd. II. §. 235), wo er meines Erachtens besser gethan hätte, zu adoptiren, so sehr hat er sich gerade diesem Grundirrthum desselben, der an vielen Punkten der geschichtsphilosophischen Auseinandersetzungen Puchta's durchflackert, gefangen gegeben.

So wenig es eine mathematische Progression gibt, welche von Null zu Eins gelangt, so wenig aus Nichts ein Etwas hervorgehen kann: ebenso wenig ist es denkbar, daß die Gestaltung der bürgerlichen Gesellschaft hätte aus einem absoluten Mangel an aller Genossenschaftlichkeit sich emporarbeiten können. Vorhanden muß doch ein gewisses Capital seyn — und ein Aggregat von Individuen ist kein sociales Capital, ist eine sociale Null. Von den Individuen ausgehend bringen wir es, wenn es gut geht, höchstens zu einem Rousseau'schen Staatsvertrag, nicht zu einem organischen Wachsthum der Idee der bürgerlichen Gesellschaft, welches lediglich an der ursprünglichsten, fundamentalsten, nothwendigsten und festesten Genossenschaft, am Familienverbande anknüpfen und anheben kann!

Mit jenem Gedanken also, daß die Geschichte der bürgerlichen Gesellschaft bei den Individuen anhebe, tritt Ih. an die Ausführung seines Planes. Die Consequenz konnte nicht ausbleiben. Das Bild, das er uns von dem „Urzustande" entwirft, ist ein so

eigenthümlich geartetes, daß ich mir, um es für möglich zu halten, die Natur des Menschen, den Geist der Geschichte und die Entwickelungsphasen des Menschengeschlechts zuvor ganz und gar umgießen müßte. Von dem thatkräftigen, subjectiven Willen aus soll zu einer rechtlichen (d. h. die Thatverhältnisse beherrschenden) objectiven Ordnung (Recht und Staat) gelangt werden. Was nach allen Spuren als eine spätere Erscheinung in der Geschichte Roms auftritt (durch Aufnahme des Plebejerthums), das soll schon vor Rom gewesen seyn! Was nach allen Zeugnissen eine außerordentliche Erscheinung gewesen und durch mächtige Kämpfe hindurch langsam zur Geltung gekommen ist (Kampf des atomistischen, demokratischen Subjectivitätsprincips der Plebs mit dem gentilen, aristokratischen Objectivitäts- und Genossenschaftsprincip des Patricierthums), das soll die Regel und den normalen Ausgangspunkt aller rechtlich politischen Organisation bilden! Was nach allen Erfahrungen und Ueberlieferungen ethnischer Genesis und primitiver Organisation, nicht bloß bei Hellenen und Germanen, sondern auch im alten patricischen Rom die sociale Grundgestaltung gewesen ist, dem wird als das ursprüngliche gemeinsame Indogermanische ein ganz entgegengesetztes Princip substituirt (S. 314). Kann es gedacht werden, daß aus solchen Bausteinen ein verständlicher haltbarer Bau aufgeführt werde?

§. 8.

Ich meinerseits muß bekennen, daß ich mich vergeblich abgemüht habe, eine klare Vorstellung von dem praktischen Verhältniß zu gewinnen, in welchem sich der Verfasser seine drei Gesichtspunkte oder Principien zu einander gedacht hat. Augenscheinlich rächt sich das so ungebührlich hintangesetzte Element der Familiengenossenschaft, indem es dem Verfasser zwischen den künstlich gezimmerten Bau hier und dort, rechts und links hineinfährt. Wie nun äußert er selbst sich über das historisch-praktische Verhältniß? Er sagt (S. 102, 103): „Das Princip des rein subjectiven Rechts, beruhend auf der Idee, daß das Individuum den Grund seines Rechts in sich selber, in seinem Rechtsgefühl und seiner Thatkraft trägt und hinsichtlich der Verwirklichung desselben auf sich selbst und seine eigene Kraft angewiesen ist.

Diese Idee ist in meinen Augen der durch Rückschlüsse zu ermittelnde äußerste Ausgangspunkt des röm. Rechts, und die beiden folgenden Principien haben jene Idee nicht verdrängt, sondern bauen auf dieser Basis fort (sic?). Der gesellschaftliche Zustand, den diese Idee hervorruft, ist nichts weniger als jener erträumte vorstaatliche Zustand eines bellum omnium contra omnes, sondern ist ein Rechtszustand, in dem ein Recht existirt und sich verwirklicht. Das (zweite) staatsbildende Princip und als Ausflüsse desselben die Gemeinschaft auf Grundlage der Familienverbindung und der Einfluß der Wehrverfassung auf die Gemeinschaft. Das (dritte) religiöse Princip mit seinem Einfluß auf Recht und Staat. Diese drei Principien folgen sich hinsichtlich ihrer sittlichen Gradation in der hier gewählten Reihenfolge, und mit Rücksicht hierauf werden wir sie fortan auch als Stufen der Rechtsbildung bezeichnen. Eine entsprechende zeitliche Reihenfolge derselben soll damit nicht prädicirt seyn. Mit dem Individuum ist wie das subjective Rechtsgefühl, so auch schon die Familie und die Religion gegeben, welche von diesen drei Mächten aber ursprünglich die mächtigere gewesen ist, wer möchte sich darüber in leere (!) Vermuthungen ergehen?"

Ih. deprecirt also zwar die Herrschaft der zeitlichen Reihenfolge, die sittliche Gradation betonend. Aber die ganze Ausführung leitet auf jene hin. Ih. selbst denkt sich im Grunde sein Subjectivitätsprincip als das ursprüngliche primitive; nennt er doch ausdrücklich die Thatkraft und Gewalt des Individuums den äußersten Ausgangspunkt des röm. Rechts (S. 102, 112, 118, 193) und fährt (S. 103) fort: „Wo hätte es ein Recht gegeben, das nicht aus der Thatkraft der Individuen hervorgegangen wäre, und dessen Ursprünge sich nicht in den dunklen Hintergrund (sic!) der physischen Gewalt verlören? — Noch Jahrhunderte hindurch vibrirt im geltenden Recht die Idee nach, daß die persönliche Thatkraft die Quelle des Rechts ist."

Wollen wir uns durch den äußerlichen Glanz der Worte nicht blenden lassen, vielmehr unumwunden eingestehen, daß wir ohne das künstliche Schwungbrett Hegel'scher Dialektik [1]) nimmer-

[1]) Von dieser Dialektik, welche der Verf. (S. 54) nicht übel als ein „sich selbst bewegendes perpetuum mobile" bezeichnet, nascht der-

mehr von der Thatkraft und Gewalt uns in das Gebiet der sittlichen Rechtsordnung hinüberzuschnellen vermögen. Bei allen naturwüchsigen, ursprünglichen, organisch erwachsenen Völkern trägt das Recht den Stempel einer höheren Weihe, eines geheiligten Ursprungs, einer objectiven Satzung, oder richtiger eines über den Einzelwillen thronenden Gesetzes. Die Römer, seit der Herrschaft plebejischer Rechtsauffassung, sind die erste Nation, welche sich das Recht selbst gesetzt zu haben meinte und sich überredete. Die Wahrung des Rechts mag wohl ursprünglich allenthalben der Wehr- und Thatkraft der Individuen, richtiger aber auch hier der Familien- und Stammeshäupter anheimgegeben gewesen seyn, die Idee des Rechts selbst aber, die innere Gestaltung und Ausbildung der Rechtsregeln, der Gewohnheitsrechte, ist ein überkommenes Erbtheil, der Väter heilige Sitte, eine von oben kommende Zucht und Ordnung, die sich im Einzelnen, welcher ein organisches Mitglied der Genossenschaft ist, geltend macht, dem Verletzten auch ohne feste Organe der Rechtswahrung in der Wucht der gemeinsamen Ueberzeugung und öffentlichen Stimme eine tüchtige Wehr und Waffe gibt und den Störer der Ordnung als einen krankhaften Stoff unerbittlich ausstößt.

Zu diesem Subjectivitätsprincip läßt nun der Verf. ein zweites treten: das Familienprincip und die Wehrverfassung, als die Factoren der organisirten Gemeinschaft. Ueber deren historisch politisches Verhältniß heißt es (S. 163): die Gemeinschaft der Individuen sey ursprünglich nur lose organisirt gewesen, und die Idee staatlicher Unterordnung der Individuen auf das militärische Interesse beschränkt gewesen. „Die Idee der Unterordnung erscheint meiner Ansicht nach in Rom zuerst im Heerwesen. — Im übrigen ist Coordination das reguläre Verhältniß der Gemeinschaft. Die Form dieses coordinirten Verhältnisses wird bestimmt durch das Familienprincip, es ist die des Geschlechterstaats. Die älteste röm. Verfassung enthält sonach eine Combination zweier Principien, eines coordinirenden, des Familienprincips, und eines subordinirenden, der Wehrverfassung. Der älteste Staat steht mit

---

selbe wohl auch sonst noch; man lese z. B. S. 162. Auch S. 289 enthält eine Hegel'sche Schwenkung.

seinen Füßen im Familienprincip, mit seinen Spitzen und Mittelgliedern in der Wehrverfassung, d. h. die Gentes und die Stellung der Individuen innerhalb derselben werden durch jenes Princip, die Curien, Tribus mit dem König und den Vorständen sämmtlicher Genossenschaften durch das militärische Interesse bestimmt."

Hier scheint mir in der That zusammengeworfen, was sich nicht zusammenreimt. Wie kommen diese so verschiedenartigen Grundprincipien zu so herzlichem Zusammenwirken? Finden wir aber irgendwo einen Zusammenstoß widerstrebender Elemente, wie es z. B. hier das atomistische Subjectivitäts-, das coordinirende Familien- und das subordinirende Wehrverfassungs-Princip unzweifelhaft sind, so ist es oberste und erste Pflicht des Geschichtsschreibers, den geschichtlichen Prämissen dafür nachzuspüren. In gewissem Sinne hat allerdings Ih. nicht Unrecht. Wir haben es mit einer zusammengesetzten Rechts- und Staatstheorie zu thun; aber dieß ist lediglich aus und mit der Anerkennung der syncretistischen Staats- und Rechtsbildung zu begreifen. Er hat jene Erscheinung von ihrer geschichtlichen Wurzel loszureißen versucht, sie in die Luft gestellt, und das ist der größte Fehltritt, dessen sich ein Geschichtschreiber schuldig machen kann.

Freilich sieht auch er sich zu der Frage gedrängt, wie doch dieses Familienprincip hereintrete. Er antwortet (S. 164): „Wo der Staat erst in der Bildung begriffen, und darum unvermögend ist rechtliche Hülfe zu gewähren, da befriedigt sich das Bedürfniß derselben durch ein gegenseitiges Schutz- und Trutzbündniß der einzelnen Individuen, und zwar liegt es am nächsten, das bereits von der Natur selbst dargebotene Verhältniß der Familienverbindung dazu zu verwenden. Letztere erlangt auf diese Weise durch die Hülflosigkeit des Staats eine ganz andere Stellung und Bedeutung, und eine ganz andere Festigkeit, als ihr im entwickelten Staat zukömmt; sie dient als Surrogat des Staats, und nimmt als solches bedeutende politische Elemente in sich auf."

Ist es nicht hiernach, als ob die gütige Mutter Natur der Menschheit, nachdem sich diese lange in ihrem atomistischen Zustand staats-sehnsüchtig herumgetrieben, die Familienverbindung als einen Rettungsanker bescherte! Es springt, denke ich, in die Augen,

wie diese geschichtliche Wendung nichts ist als ein dem Verf. von der gewaltsamen Wahrheit der Geschichte abgenöthigtes, freilich immerhin schwachmüthiges Compromiß. Das Wahre scheint mir, daß aus der Familienordnung, als der ursprünglichsten und natürlichsten der socialen Bildungen, sich allmählich eine politische Organisation aufgebaut hat. Der Anfang dieser liegt nicht über die Familie zurück, in dem Individuum und der Thatkraft desselben, zu deren Bedienung die Familie herbeigezogen worden, sondern die Familie selbst ist der Anfang und Ausgangspunkt der rechtlichen Ordnung; aber in der hervorragenden Stellung des Familienhauptes ist der Krystallisationskern für die allmähliche Herausarbeitung des nackten Persönlichkeitsbegriffs gegeben, der in Rom durch außerordentliche Umstände zur souveränen Geltung gelangen sollte.

Ueber das Wehr- und religiöse Princip kann ich mich kürzer fassen. Hr. Jh. sagt darüber (S. 240): „Das militärische Interesse ist das Motiv, das den Staat um einen Gedanken bereichert, den wir bis jetzt noch nicht kennen, den der Ueber- und Unterordnung, und der dem Geschlechterstaat die Form der Wehrverfassung aufzwingt. Nicht in Rom ist diese Bildung vor sich gegangen, das Königthum und die sonstigen militärisch-politischen Institutionen erscheinen hier bereits als fertige, auf den neuen Staat nur übertragene." — Dieses Auftreten des neuen Princips entbehrt gleichfalls einer inneren organisch-historischen Vermittelung, und so viel Richtiges im Einzelnen auch über das Princip selbst gesagt ist, so wenig kann die Aufpfropfung auf jenen vorgespiegelten primitiven, vorstaatlichen, atomistischen Zustand befriedigen. In dasselbe Dilemma, wie das oben berührte, bringt den Verf. die Durchführung des religiösen Princips. Dieses soll in der ältesten Zeit, und je früher, je mehr Einfluß auf den Bau des alten Rechtes und Staates geübt haben; seine Form ist das Fas. „Zu dem Jus (dem Subjectivitätsprincip), wie es S. 258 heißt, gesellt sich also im Fas ein Seitenstück, und dieser Gegensatz ist von hoher Bedeutung. Er zeigt uns, daß die Scheidung zwischen profanem und religiösem Recht, die wir im Orient vergeblich suchen, in Rom von altersher vollbracht ist. Nicht das ganze Recht hat einen religiösen Charakter, die religiöse Substanz durchdringt nicht mehr den ganzen Organismus, sondern Gott und Menschen,

Religion und Staat haben sich bereits getheilt. Das Jus ist Menschensatzung und als solche veränderlich, bildsam. Das Fas hingegen stützt sich auf den Willen der Götter, ist also unabänderlich, insoweit nicht die Götter selbst eine Neuerung belieben; die Uebertretung desselben enthält einen Frevel gegen die Götter. Mit dem Fas blickt das röm. Recht nach dem Orient, mit dem Jus nach dem Occident; jenes ist die stabile, dieses die progressive Seite desselben. So bewährt also dieser sprachlich ausgeprägte, d. h. zum Bewußtseyn gekommene Dualismus des Rechts, dem wir beim ersten Eintritt (!) in unser Gebiet begegnen, bereits die zersetzende Kraft des röm. Geistes. In culturhistorischer Beziehung ist er eine sehr beachtenswerthe Erscheinung und bezeichnet einen höchst wichtigen Fortschritt des menschlichen Selbstbewußtseyns." — Wie aber ist nun dieser scharfe Gegensatz und diese scharfe Form für diese Idee in das röm. Volk gekommen? Wo liegen, wenn ich so sagen soll, die ethisch-ethnischen Ursachen dieses universalhistorischen Fortschrittes? Ein solcher Dualismus fordert vom Darsteller eine Erklärung, und diese ist uns der Verf. schuldig geblieben. Ich wiederhole daß ein ächt historisches Verständniß dieser Fundamentalphänomene unmöglich ist, ohne ein Eingehen auf die Eigenthümlichkeiten der röm. Volks- und Staatsbildung. Ganz gewiß ist es unrichtig, daß schon von altersher in Rom jene Scheidung vollzogen gewesen sey, und noch entschiedener muß ich dieser Behauptung widersprechen, wenn ich mich erinnere, was der Verf. eigentlich unter diesem „von altersher" verstanden wissen will: die gemeinsame historische Basis der indogermanischen Stämme, oder den weiten historischen Raum zwischen der ersten Gliederung des indogermanischen Urstammes bis zur geschichtlichen Fixirung der einzelnen Zweigvölkerschaften.

§. 9.

Die zweite Masse der röm. Urbestandtheile führt der Verf. auf das Familienprincip, die Wehrverfassung (beides zusammen nennt er auch den Staat) und das Fas zurück. Sie bilden den, vom Verf. selbst übrigens nicht hervorgehobenen, Gegensatz gegen das Subjectivitätsprincip, daß in ihnen sich die Anerkennung einer objectiven Ordnung, eines regierenden

Gesetzes, dem sich der Wille der Einzelnen und selbst der Gesammtheit dieser, des Volkes also, beugt, ausspricht. Bleiben wir zunächst bei des Verf. Ausmalung des Familienprincips stehen, so zeigen sich hier ebenfalls die Folgen jenes historischen Verstoßes, der die Priorität der Familienordnung ignorirend, diese von außen an ein willkürlich gegründetes anderes Princip heranbringt. Der Verf. sagt (S. 165 flg.): die Familie diene zuerst als Surrogat des Staats; im Laufe der Zeit verwandle sich die durch das staatliche Princip bestimmte Familie in einen durch das Familienprincip bestimmten Staat. Es entstehe durch generative Erweiterung der Geschlechterstaat. Neben dem Geschlechterstaat aber gebe es noch einen anderen Ausfluß des Familienprincips, den patriarchalischen Staat. Beider Unterschied liege darin, daß die Familie dort bloß zur rechtlichen Basis des Staats gemacht würde, hier aber den Prototypus der ganzen Verfassung und Verwaltung gewähre.

Ich möchte diese, auch von anderen schon ausgesprochene, Sondirung lieber so ausdrücken: Der Geschlechterstaat ruht historisch auf der socialen Grundlage der Familienverbindung, das staatliche Princip lehnt sich hier an die Naturbande der Blutseinheit an, doch so, daß die Staatsidee im Ganzen sich über dieses Band erhoben hat zu einer selbständigen Gestaltung. Im patriarchalischen Staat dagegen ist die politische Organisation selbst noch in jenem unfreien Naturzusammenhange befangen, die Familie ist nicht bloß die sociale, sondern zugleich die politisch-juristische Grundlage des Staats. Beide Formen ruhen also auf einem socialen Grundgegensatz; wir finden jene Form bei allen indogermanischen Stämmen — erst das plebejische Element in Rom hat diese Stufe noch überschritten und die politische Cultur in eine neue sociale Weltanschauung hinübergeführt — diese Form bei den semitischen Stämmen.

Der Verf. freilich nennt diese zwei socialen Grundformen „Ausflüsse des Familienprincips," und meint: „Beide Ausflüsse des Familienprincips können in einer und derselben Staatsverfassung zusammentreffen. Der Geschlechterstaat begründet dann das Verhältniß in der Seitenlinie, die politische Verbrüderung; der Patriarchalstaat das Verhältniß in auf- und absteigender Linie, die politische patria potestas" (S. 166). Ich muß gestehen, daß

ich mir eine solche Verbindung zweier socialen Grundformen nicht praktisch vorstellen kann, und daß mir die vom Verf. gemachte Anwendung nicht klar geworden ist.

Soviel über das Allgemeine. Gern würde ich hierzu über manche Einzelheiten mich verbreiten. Denn allenthalben treten mir Folgen der gerügten fundamentalen Unklarheit entgegen. Jeder Schritt, welchen der Verf. in der Ausführung des Familienprincips thut, ist ein unwillkürlicher Protest gegen die Annahme des Subjectivitätsprincips als des social-politischen Ausgangspunktes Roms. Man vergl. z. B. S. 175, 179, 182, 189. Der Versuch des Verf., ein Privateigenthum am Boden auch für die älteste Zeit (gegen Niebuhr und Puchta) nachzuweisen, scheint mir mißglückt. Der Verf., der auch hier wohlgethan hätte, dem glücklichen Instincte seines Meisters sich hinzugeben, bringt es (S. 183 flg.) lediglich zu einem Recht der Gentilgenossenschaft an Parcellen des Bodens: das ist aber nicht ein Privatrecht und nicht Eigenthum im röm. Sinne. Wir finden hier vielmehr dasselbe Princip wie das der publicistisch-genossenschaftlichen Rechte bei den Germanen, das der Familie, der Gemeinde im Ganzen zustehend Gemeingut ist, nicht der Verfügung der Mitglieder unterworfen, sondern einen organischen Bestandtheil der Körperschaft bildend, und zu dieser sich etwa so verhaltend wie der Leib zur Seele des Menschen, dessen Wesen und Individualität bekanntlich aus Seele und Leib organisch zusammengewoben ist. Das ist aber doch wahrlich nicht das Verhältniß eines Privateigenthümers zu seinem Vermögensobject, dem er als absoluter Herrscher und freier Disponent gegenübersteht. Es wiederholte sich also im patricischen Rom das Verhältniß des Staates zum ager publicus innerhalb der politischen Genossenschaften (Curien und Decurien).

Von allen Seiten also werden wir dahin gedrängt, eine innere Unvereinbarkeit des Subjectivitäts- und des Familienprincips anzunehmen und die in Rom in der That auftretenden Gegensätze als vorübergehende, anomale und als aus einer ganz eigenthümlichen socialen Combination verschiedener Bevölkerungsbestandtheile hervorgegangene zu betrachten. Mit dieser Annahme haben wir denn auch einen überaus einfachen und verständlichen Schlüssel für die vom Verf. S. 205 angedeutete Erscheinung, daß

das Privatrecht in ältester Zeit in völliger Abhängigkeit vom Staat gestanden und erst allmählich sich daraus erlöst habe. Der Verf. findet es undenkbar, daß der Staat das Privatrecht aus sich sollte geboren haben, und findet darin eine neue Bestätigung für die Annahme des Subjectivitätsprincips als Ausgangspunktes. Gewiß hat der Verf. hierin Recht: kein Volk außer dem römischen hat es daher auch ganz bekanntermaßen zu einem wirklichen Privatrecht gebracht, und in Rom hat sich diese außerordentliche Schöpfung des Privatrechtsprincipes — nicht aus dem Staat heraus, sondern — auf außerordentlichem Boden, auf dem Terrain des Plebejerthums vollzogen und von da, also von außen sich dem römischen Staate mit allmählich wachsendem Erfolge aufgedrängt. Die Kämpfe des Plebejerthums mit dem Patricierthum haben keine ebenbürtige Parallele in der Geschichte, es ist das Ringen eines neuen weltgeschichtlichen socialen Grundprincips um das Bürgerrecht in einer festgegliederten, auf mächtiger Tradition und Sitte gegründeten Staatengruppe. Zweimal die thatsächlichen Voraussetzungen einer solchen Schöpfungsthat zu gebären, ist gegen die Oekonomie der Geschichte.

Ich muß mir versagen, auf die Ausführungen des militärischen und religiösen Princips einzugehen, und kann dieß auch um so eher, als ich hier am Einzelnen weit weniger auszusetzen habe, und der Verf. hier im Ganzen keine wesentlich neuen Ideen aufstellt. Mit Glück ist das Verhältniß der Religion zum Staat gezeichnet, und die trefflichen philosophischen und historischen Vorarbeiten von Hegel, Hartung, Ambrosch und Rubino haben in Jh. einen gewandten Darsteller ihrer Resultate gefunden. Ueberhaupt — und damit will ich die Besprechung des zweiten Abschnittes dieses Bandes beschließen — soll mit dem verurtheilenden Urtheil, welches auszusprechen die nothwendige Folge der gewonnenen Ueberzeugung war, keineswegs dem Verf. alles und jedes Verdienst abgesprochen werden. Viele Einzelerörterungen enthalten frische, fruchtbare Keime; die Betrachtungen z. B. über das System der Popularklagen, über die Clientel, Censur, das Peculium, das Precarium u. s. w. werden von Niemanden ohne Nutzen gelesen werden, und überall, auch wo Jh. auf Abwege geräth und von irrthümlichen Voraussetzungen ausgeht — z. B. ist das über die **legis actio sacramento** Gesagte durch die neuen Untersuchungen

von Stintzing fast ganz unbrauchbar geworden — ist das Streben nach freierer Totalanschauung und geistiger Durchdringung des Stoffes unverkennbar. Es ist des Verf. Verdienst, mit einem kühnen Griffe die Wissenschaft der röm. Staats- und Rechtsgeschichte um einen nicht unbeträchtlichen Ruck vorwärts gedrängt zu haben.

§. 10.

III. Einen angemessenen Schluß bildet die Schilderung des Wesens des röm. Geistes und der Prädestination desselben zur Cultur des Rechtes, im Verhältniß zu den vorher dargestellten Ausgangspunkten der röm. Rechts- und Staatsbildung. Mit diesem Versuche einer erschöpfenden Charakterschilderung hat sich Ih. nun freilich an ein bedenkliches Thema gewagt. Er selbst kennt und markirt die verhängnißvolle Schlüpfrigkeit dieses Terrains, an welchem er doch kaum vorübergehen durfte. Mich hat die Ausführung lebhaft erinnert an jenen neuesten Versuch, die Shakespeareschen Schöpfungen künstlerischer Organismen auf den Secirtisch kritischer Speculation zu bringen. Man zupft, betastet und beäugelt den Organismus von allen Seiten, aber was man nicht fühlt und nicht sieht und was man nicht begreift, wenn nicht die innere Intuition ergänzend hinzutritt, das ist eben nichts weniger und nichts mehr als der Organismus. Man trete an das herrlichste Oelbild heran — und was man sieht, sind Farbenklekse, sind Carricaturen. Iherings Feder gehört — das hat man uns schon mehrmals gesagt — nicht zu den unglücklichsten; seine Bemerkungen lesen wir auf mancher Seite seiner Charakteristik des mächtigen röm. Nationalgeistes. Aber behaupten möchte ich — soviel auch Ih. seine Formel verpallisadirt, zugestutzt, behelmt und beschildet hat — daß der Satz, zu welchem das Ganze zugespitzt ist, dennoch eine Carricatur enthält, daß, wenn Ih. in der That keine zutreffendere Formel aus dem Portefeuille seines Sprachschatzes hat losschälen können, ihm auch der innerste Funken des röm. Nationalgeistes unverschlossen blieb. Bewunderung, die maßloseste Bewunderung allein thut es noch bei weitem nicht. — Jener Funken ist die grandiose Macht des Charakters, des Charakters im eminenten Sinne.

Ih. sagt (S. 292, 293): „In der Blüthezeit Roms, auf

die wir uns bei dieser Charakteristik beschränken, steht die römische Nationalität da wie ein Fels im Meere, an dem die Völker der alten Welt wie Wogen sich brechen. Wie verträgt sich mit dieser Energie, die das Nationalitätsprincip in Rom entfaltet, jene universelle, antinationale Mission des röm. Volks? Das universelle Moment im röm. Charakter geht hervor aus einer Eigenschaft, die nach der einen Seite ebensowohl eine expansive, universelle, wie nach der anderen eine contractive, exclusive Tendenz hat — der Selbstsucht. Die Selbstsucht, die sich selbst zum Mittelpunkt der Welt macht, alles nur auf sich bezieht, kömmt nicht in Gefahr sich zu vergessen." Selbstsucht ist das Motiv der römischen Universalität — freilich „eine grandiose Selbstsucht, großartig durch die Ziele die sie sich gesetzt, bewunderungswürdig in ihren Conceptionen, ihrer Logik und Fernsichtigkeit, imponirend durch die eiserne Energie, die Ausdauer und Hingebung mit der sie ihre fernen Ziele verfolgt." Selbst die Tugenden und Kräfte seyen objectiv betrachtet dieser nationalen Selbstsucht dienstbar, die Idee der Zweckmäßigkeit, das Prisma römischer Anschauung und die Religion nichts als eine Personification praktisch-politischer Zwecke. In dieser „Virtuosität der röm. Selbstsucht", ruhend auf einem System des disciplinirten Egoismus, getragen durch den Gedanken, daß „das Recht die Religion der Selbstsucht" sey, findet Jh. des röm. Volkes Prädestination zur Rechtscultur.

Mit allen diesen Sätzen pflücken wir, so scheint mir's, am Kern der Sache herum, ohne ihn zu fassen. Jh. hat, wer möchte dieß läugnen, treffliche Blicke gethan, aber befriedigen kann die gegebene Formulirung unmöglich. Es schwebt über dem Genius des röm. Charakters eine höhere Weihe als die Virtuosität der Selbstsucht, und lebt eine andere Seele darin, als „die Tyrannei der juristischen Disciplin." Der Seelenadel, den innere Selbstbezwingung ertheilt, der Schwung der Thatkraft, die aus jener organischen Einheitlichkeit und Geschlossenheit des Willens entsprießt, welche im Wechsel der Begegnisse nicht zittert und wankt, sondern durch die Arbeit gestählt und gehärtet wird, jene geistige Centralisation der Persönlichkeit, die in jedem Momente, in jedem Worte, in jeder Handlung sich ganz und voll gibt und festhält, die, eine Welt aufsaugend, noch dieselbe bleibt, die allerdings, ausartend zur Carricatur des Egoismus herabsinken, und

in einen Zweckmäßigkeitsfanatismus verfallend, erstarren und verknöchern kann — die aber in ihrer ursprünglichen Lauterkeit nicht Virtuosität, sondern ächte, großartige, gewaltige Genialität des politischen Wesens und Treibens ist. Das ist es, was ich — nicht treffend, doch annähernd — den göttlichen Funken im röm. Nationalcharakter nenne. Der Kern des röm. Rechts, das wollen wir uns immer und immer wiederholen, ist in einer Zeit geschaffen worden, wo wir für den römischen Charakter wahre Bewunderung haben, nichts als Bewunderung hegen dürfen. Gerecht müssen wir seyn! Was eine spätere Zeit, die reifende und gereifte Wissenschaft des Rechts, hinzuthat — der spätere Ausbau ist gut und nützlich, und zeugt von vollendeter Gymnastik des Geistes; aber nicht schaffend im eigentlichen Sinne, nur auseinanderlegend und fortbauend nach dem gelegten Plane, freilich im besten Sinne, wirkte die Doctrin.

Aus vollem Herzen nun, und gerade von dem eben Gesagten ausgehend, stimme ich Jh. bei, daß eine Jurisprudenz nur bei einem willensstarken Volke gedeihen kann, und daß kein Recht geeigneter sey, uns diese mächtige Bedeutung des Willensmomentes und die Wechselwirkung zwischen moralischer und intellectueller Kraft zu veranschaulichen, als das römische (s. S. 306). Ja! nur bei einem willensstarken Volke kann das Recht zu einem kräftigen Baume heranwachsen, der mit seiner Krone und seinen Früchten in späte Jahrhunderte hineinreicht — und ich füge hinzu, nur in einem reifen Geiste, in einem geschlossenen Wesen, nur in einem runden, vollen, ganzen Charakter kann wahre Pflege des Rechtes gedeihen, nur in den Reihen derer, die solcher Jugend der Seele sich rühmen können, mag die Rechtswissenschaft die berufenen Pfleger und Förderer finden! Kein Studium ist so charakterbildend, als dasjenige des Rechts und des röm. Rechts insbesondere, aber die Anlage für das richtige Verständniß derartiger Geistesrichtungen muß vorhanden, der natürliche Sinn dafür muß mitgebracht werden.

§. 11.

C. A. Schmidt.

Ich wende mich nunmehr zu der zweiten der eingangsverzeichneten Schriften. Ueber sie kann ich mich kürzer fassen.

Sie kann als theilweiser (halb unbewußter) Fortbau des Ihering'schen Versuches gelten. Denn einmal greift sie über das Gebiet des römischen Rechts hinaus, indem sie das germanische Recht in den Kreis der Betrachtung zieht und jedes der beiden Rechte als Folie des anderen benutzt; — sodann aber ist in ihr der gerügte Grundfehler Ih's. vermieden, indem Schmidt ausdrücklich einen Gegensatz des alten patricischen Rechts- und Staatslebens anerkennt (s. S. 25 und dazu S. 208), und, auf eine Darstellung dieses ältesten Rechts verzichtend, auf das aus der Vereinigung des patricischen und plebejischen Elementes gewordene, spätere Recht sich beschränkt.

Von diesem Recht nun kann mit weit größerer Wahrheit das ausgesagt werden, was Ih. bei der Schilderung seiner Ausgangspunkte des röm. Rechts als das Princip der Subjectivität, ich als das Princip der Souveränetät der abstracten Persönlichkeit bezeichnete. Denn wie politisch, so hat auch juristisch die plebejische Rechtsauffassung die patricische im Wesentlichen überwunden. Die diesen Sieg vorbereitenden Kämpfe mögen mehrere Jahrhunderte gewährt haben, und wir haben nicht den mindesten Grund, einen kürzeren Zeitraum nach den geschichtlichen Ueberlieferungen anzunehmen. Es ist mir daher nicht begreiflich, wie Ih. bei einer besonderen Anwendung (S. 183, 184, wo er vom Privateigenthum am Grund und Boden spricht) es für unmöglich halten kann, daß das plebejische Princip „bereits zur Zeit der zwölf Tafeln" das patricische Princip vollständig überwunden habe. Haben denn die Kämpfe zwischen Patriciern und Plebejern erst 10 oder 20 Jahre zuvor begonnen? Können wir ihren Anfang etwa erst von Servius Tullius datiren? oder läßt sich überhaupt irgendein fester Zeitpunkt angeben, über welchen die Anfänge des Plebejerthums bestimmt nicht zurückreichen können? — Ih. stimmt Göttling bei (S. 166), welcher Plebejer und Patricier mit zwei sich reibenden Mühlsteinen verglich. Wenn er ihn dann aber darum tadelt, daß er das plebejische Princip als den härteren, das patricische als den weicheren Stein bezeichnete: so muß ich mich auf Seiten Göttlings schlagen, welcher, den richtigen Gedanken tragend, vielleicht nur im Ausdruck nicht ganz glücklich war. Wenigstens was die juristische Seite der beiden Principien anlangt, möchte ich die Begriffe und Institute der

plebejischen Auffassung lieber mit scharfkantigen Krystallen, die Sitte und Tradition des patricischen Staatslebens mit einem kindlichen, weichen, zarten Stoffe vergleichen: im Grunde der Göttling'sche Gedanke nur mit einer kleinen Wendung. So muß auch ich es sehr erklärlich finden, daß der Sieg dahin ausschlug, wo die Schärfe der Waffe überwog, und der Aeußerung Schmidts beistimmen (S. 40—42), daß die (spätere) römische Sage von der geschichtslosen Entstehung Roms, von der Erstehung Roms aus einem atomistischen Zustande isolirter Personen nichts sey, als eine unbewußte Uebertragung plebejischer Rechtsanschauung und plebejischer Antecedentien auf Rom überhaupt; daß die Bildung dieser Sage einer Zeit angehöre, wo die plebejische Rechts- und Staatsauffassung in Rom bereits zur Herrschaft gelangt war. Und in der That nichts ist einfacher und natürlicher, als diese Annahme; sie ist psychologisch wohl erklärlich, durch die geschichtlichen Zeugnisse, aus denen wir den Charakter der römischen Sagenbildung kennen (vergl. Schwegler, röm. Geschichte, erste Abth.) vielfach bestätigt, und vieles sonst Auffallende verständlich machend und vereinigend. In der Herrschaft der plebejischen Sage reflectirt geistig das thatsächliche Uebergewicht der plebejischen Principien.

§. 12.

Das Allgemeine der Schmidt'schen Erörterungen läßt sich in verhältnißmäßig engen Rahmen zusammenfassen. Eine Grundformel ist es, in welche Schmidt die gegensätzlichen Eigenthümlichkeiten des röm. und german. Rechts zusammengeschweißt hat. Er findet einen durchgreifenden Gegensatz zwischen der Rechtsbildung und Rechtsauffassung der „ein natürlich zusammengehöriges Ganze" bildenden, „natürlich organisch erwachsenen", also der meisten Völker einerseits und des römischen Volkes andererseits. Bleiben wir bei diesem Punkte einen Augenblick stehen. Schon von Anderen ist auf diesen Gegensatz socialer Grundrichtung aufmerksam gemacht worden; von Ihering ist er, wie wir sahen, ungebührlich vernachlässigt, von Schmidt, wie wir sehen, in das rechte Licht gestellt (vgl. namentlich S. 41, 60), und wie wir nachher sehen werden, zuletzt und am schärfsten von Lenz betont worden. Schmidt pflegt den Römern die Griechen und Germanen gemeinschaftlich gegenüberzustellen, und man kann ihm hierin beistimmen. (?)

Ich verlasse diesen Punkt, um zur Mittheilung der Formel überzugehen, in welche Schmidt jenen Gegensatz gefaßt hat. Er sagt: Da das Recht ein Product des geschichtlichen Lebens der Völker sey, und Charakter und Anschauungsweise der Römer und Germanen wesentlich von einander verschieden seyen (S. 2), so müßten auch beide Rechte eine Menge von Verschiedenheiten aufweisen, welche auf eine specifische Verschiedenheit der leitenden Principien zurückführten, und folgeweise das Fundamentalprincip des röm. und des german. Rechts ein verschiedenes seyn. Dieses zu erforschen habe nicht bloß theoretisches, sondern auch praktisches Interesse, weil erst mit dieser Erforschung eine befriedigende Beantwortung der Frage möglich sey, „ob die Reception des röm. Rechts als ein Glück oder Unglück für uns zu betrachten; ob ferner das röm. Recht jetzt als unserem Leben assimilirt und nationalisirt anzusehen ist; ob endlich röm. und deut. Recht noch ferner, sowie jetzt neben einander bestehen können, oder ob ein solcher Dualismus auf die Länge unhaltbar ist, und ob, wenn dieß der Fall, eine organische Verwachsung beider zu einem einheitlichen Ganzen möglich ist; oder ob der Kampf zwischen beiden schließlich mit der gänzlichen Verdrängung des einen oder anderen endigen muß?"

Auf das Verständniß jenes Grundunterschiedes bereitet uns Schmidt durch einen geschickten Hinweis auf das öffentliche Leben und das sittlich-politische Bewußtseyn der Gegenwart vor, indem er andeutet, daß das röm. Recht nicht bloß unser geltendes Recht, sondern dadurch und daneben auch zugleich Culturelement für uns geworden, und nur in Erinnerung des hiermit gegebenen Dualismus der Rechts- und Staatselemente die Gegenwart begriffen werden könne. „Werfen wir, sagt er, einen unbefangenen Blick auf den Zustand des geistigen Lebens derjenigen Völker, bei denen röm. Recht zur Geltung gelangt ist, und vergleichen wir denselben z. B. mit dem von England, das sich des röm. Rechtes erwehrt hat, so weisen zahlreiche Symptome auf das Vorhandenseyn unausgeglichener Gegensätze deutlich genug hin." „Wir finden im Streite mit einander begriffen zwei ganz verschiedene Anschauungsweisen, welche, von völlig entgegengesetzten Voraussetzungen ausgehend und überall zu verschiedenen Resultaten gelangend, mit einander nichts gemein haben als den Boden, auf dem sie einander

bekämpfen. Während die eine, von der Voraussetzung einer sittlichen Weltordnung ausgehend, alles Recht von Gott ableitet, und das ganze Staats- und Rechtsleben auf die Abhängigkeit des Menschen von Gott gegründet wissen will, läßt die andere, vom Begriff des Subjects und dem Princip der Volkssouveränetät ausgehend, alles Recht aus dem Willen des Volks hervorgehen, und strebt, die Forderungen des sittlichen und religiösen Bewußtseyns für Gewissenssache der Einzelnen erklärend, lediglich den Begriff der subjectiven Freiheit in Staat und Recht zu realisiren." (S. 16, 17.)

Wir gelangen hiermit an den Knotenpunkt der juristischen Kriterien selbst. Von diesen handelt der Verf. auf S. 29—63. Das Denken des Menschen (sagt er), der sich und sein Daseyn zu begreifen suche, bedürfe einer bestimmten Voraussetzung, welche den Ausgangspunkt für seine geistigen Operationen bilde, und auf welche sein ganzes Gedankensystem gegründet sey. Diese Voraussetzung sey entweder das Subject des Denkenden, sein Ich (Princip der Subjectivität), oder die Gesammtheit der ihn umgebenden Dinge, die Welt, und das bewegende und schaffende Princip derselben, der Urgrund aller Dinge, die Gottheit (Princip der Objectivität).

Das erstere Princip wird nun als Basis der römischen, das letztere als Basis der griechischen und germanischen Rechtsauffassung und Staatsgestaltung hingestellt, und dieß in folgender Weise begründet. Die römische Rechtsanschauung gehe aus von der Thatsache der natürlichen Freiheit der einzelnen coexistirenden Personen und der absoluten Selbständigkeit der Subjecte; sie gestehe wohl eine Gränze sittlicher Freiheit zu, lasse aber durch diese Beschränkung die äußere Freiheit gar nicht berührt seyn. In diesem Zustande natürlicher Freiheit ständen die Personen rechtlich einander fremd und pflichtlos gegenüber; der Staat entstehe nur durch einen Willensact der Einzelnen, durch Vertrag, und habe lediglich die Aufgabe, „die Herrschaft der ihn bildenden Personen nach außen auszudehnen, nach innen die Freiheit der Einzelnen gegen Eingriffe und Störungen zu schützen," d. h. „die Rechtssphären der einzelnen Staatsbürger abzugränzen und gegen Verletzungen zu sichern, dagegen innerhalb seiner Rechtssphäre dem einzelnen Rechtssubjecte seine volle ursprüngliche Souveränetät ungeschmälert zu

lassen“ (S. 35). — In Uebereinstimmung hiermit gehe die römische Anschauungsweise, statt von der Voraussetzung eines allgemeinen höheren Sittengesetzes, von der Berechtigung des Subjectes aus, die in seinem Gewissen sich manifestirenden Vorschriften des Sittengesetzes selbst zu erkennen und dieser seiner subjectiven Erkenntniß gemäß zu handeln, und beruhe mithin gerade in der strengen Unterscheidung des inneren sittlichen Verhältnisses der Menschen zu Gott und ihres äußeren rechtlichen Verhältnisses zu einander. Der Mißbrauch der hiernach den Einzelnen zugebilligten Freiheit berühre lediglich das innere sittliche Verhältniß zu Gott, und der Staat sey daher nicht berufen, sich in dieses Verhältniß einzumischen und solchem möglichen Mißbrauch durch positive Maßregeln vorzubeugen (S. 37). — Daß dieses Princip nicht in solch' nackter Abstractheit, sondern in der historischen Gestalt der Freiheitssphären der römischen patresfamilias (in Rom) ausgeprägt gewesen sey, wird mit Recht als ein für die gegenwärtige Gegenüberstellung der Principien unwesentliches Phänomen hingestellt (S. 45).

Bei Griechen und Germanen dagegen gehe die Rechtsanschauung aus von einer außer der Person liegenden höheren, die Welt beherrschenden objectiven Macht, von welcher die Person abhängig sey, sey dieß nun ein unpersönliches Ethos (Griechen) oder ein persönlicher Gott (Germanen). Durch dieses von Anfang an bestehende Sittengesetz sey der Mensch schon vor dem Staat als beschränkt und daher der ursprüngliche Zustand der Menschen bereits als ein sittlich geordneter, und danach dieser Verkehr auf einem Fraternitätsverhältniß basirt gedacht, welches den Menschen die Pflicht auferlege, sich in allen rechten und sittlichen Dingen beizustehen (S. 49). Diese Vorschriften seyen durch das Gewissen Aller geschützt, und stellten sich dem sittlichen Bewußtseyn des Einzelnen von vornherein als etwas objectiv Nothwendiges dar, das den Einzelnen die Pflicht auferlege, „das Recht zu stärken und das Unrecht zu kränken.“ Das alles aber könne vollkommen erst in einer organisirten Gemeinschaft erreicht werden; daher erzeuge das Sittengesetz, indem es jene Anforderungen an die Menschen stelle, das Recht und den Staat, und das Recht sey hier demnach ein Product des Sittengesetzes. Durch Verbindung der Menschen zum Staat würden jene sittlichen Normen zum

Recht, und dieses verhalte sich folglich zum Sittengesetz wie der Schmetterling zur Raupe (S. 50); sey, wie dieses, göttlichen Ursprungs und darum heilige Norm, und der höhere Zweck des Staats die Realisirung des Sittengesetzes selbst. — Auf diesem Objectivitätsprincipe sey die Anschauungsweise der meisten aus der Familie und dem Stamme natürlich-organisch erwachsenen Völker gegründet, weil bei diesen der Einzelne schon durch seine Geburt Mitglied des Volkes und Staates sey, durch diese außer seinem Willen liegende Thatsache in einen Kreis sittlicher und rechtlicher Verhältnisse eintrete, deren Ursprung, auf beharrlicher Tradition ruhend, über menschliche Erinnerung hinausreiche, in dieser Ordnung Generation auf Generation stetig erzogen werde.

§. 13.

Schmidt führt nun diesen Gegensatz der Principien im Einzelnen durch eine lange Reihenfolge von Anwendungen mit anerkennenswerther Unermüdlichkeit durch. Im zweiten Abschnitte des ersten (allgemeinen) Theiles nämlich handelt er von der Verschiedenheit der Begriffe von Recht (sowohl im objectiven wie subjectiven Sinne), Freiheit und Ehre (S. 64—186), während der zweite Theil die Verschiedenheit des röm. und german. Privatrechts in seinen einzelnen Zweigen (Familien-, Sachen-, Oblig.- und Erbrecht) entwickelt.

Ich muß mir ein Eingehen auf dieses Detail hier versagen. Es bietet viele scharfsinnige Bemerkungen und fruchtbare Winke, und kann in seiner Gesammtwirkung als sehr anregend bezeichnet werden. Sowohl jenes Grundprincip als diese Einzelausführungen haben aber neuerdings an Esmarch einen scharfen Kritiker gefunden. Derselbe billigt im Ganzen den für das römische Recht hervorgehobenen Ausgangspunkt: das Subjectivitätsprincip, tadelt aber die monotone und aprioristisch-despotische Durchführung desselben, sowie die Gegenübersetzung der sittlichen Grundtendenz der (hellenisch-) germanischen Rechtsauffassung.

Was zunächst den ersteren Tadel anlangt, so stimme ich Esmarch allerdings darin bei, daß nichts im Allgemeinen gefährlicher sey, als den Stoff einem vorangestellten Schema einzupassen, weil dabei, statt der Sache ihren Geist unbefangen abzugewinnen, Willkür in den Stoff hineingetragen, und das richtige Momente

enthaltende Princip durch fortgesetzte Abstraction dazu getrieben werde, daß es unter dem Schilde wissenschaftlicher Methode sich endlich selbst überstürze, die Wahrheit in ihren Gegensatz umkehre und an sich glückliche Wahrnehmungen zur Caricatur verzeichne. — Nichtsdestoweniger halte ich das Urtheil Esmarchs, daß seit langer Zeit kein Buch erschienen sey, welches die Gefahr und Schädlichkeit dieser Methode in so schlagender Weise ans Licht gestellt habe, nicht für ganz recht. Ich gebe zu, daß in einzelnen Durchführungen und Beispielen die Wiederfindung des vorangestellten Grundprincips etwas „gemacht" und gezwungen ist, finde aber dieses Hinausschießen über das Ziel sehr natürlich und keineswegs in sehr hohem Grade. Schmidt's großes Verdienst ist es, bei der Auseinandersetzung seiner Gedanken einfach gewesen zu seyn. Sein Buch, das ist wahr, enthält nicht einen solchen Reichthum an Gedanken, wie das Ihering'sche; aber es ist auch mit weit geringerer Prätension geschrieben. Es hat nicht den Gedankenschwung und Bilderreichthum der Ihering'schen Schrift, überragt diese aber nach meinem Dafürhalten, durch Gesundheit der historischen Anschauung sehr weit; es ist trotz einiger Gewaltsamkeit, mit welcher das bezeichnete Grundprincip hier und da über sich hinausgetrieben worden ist, doch im Grunde weit unbefangener und mit reinerer Intuition geschrieben und mehr aus Einem Guß wie das Ihering'sche Buch. Diesen Eindruck habe ich von beiden Schriften in ihrem gegenseitigen Vergleich erhalten. Welche ich hiernach für die gefährlichere halten muß, leuchtet ein.

Was den letzteren Tadel, welchen Esmarch gegen Schmidt erhoben hat, anlangt, so läugnet jener gegen diesen, daß bei den Römern Sitte und Recht ganz indifferent neben einander hergelaufen seyen, gibt aber zu, daß in der germanischen Auffassung die Rechte einen viel weicheren, innerlicheren und sittlicheren Charakter gehabt, und daß hierin ein tiefer principieller Unterschied beider Nationen gelegen sey. Esmarch läugnet, daß in Rom ein Sittengesetz nur im Bewußtseyn der Einzelnen bestanden habe, aber er gibt zu, daß das römische Volk das berufene Werkzeug in der Hand der Geschichte gewesen sey, um das Recht aus dem fesselnden Schooße der Moral durch einen kräftigen Anlauf und Ruck loszureißen, daß hierzu eine gewaltige Expansionskraft gehörte, die nur im Gebiete schrankenloser Freiheit, absoluter Herrschaft, pflicht-

loser Willkür gedeihen konnte. Hiernach scheinen mir, muß ich bekennen, Schmidt und Esmarch in der That gar nicht so sehr weit auseinander zu liegen, wenn letzterer fortfahrend hervorhebt, daß auch in Rom das Sittengesetz auf dem Einzelnen, dem souveränen paterfamilias lastete, ihn wohin er ging verfolgte, ihm den Weg vertrat so oft er ausweichen wollte, und ihn immer zurück in eiserne Schranken trieb — und daß dieses Sittengesetz des Römers der Staat war.

§. 14.

Wenn nun aber Esmarch, dem Gedanken nachgehend, weiter sich selbst fragt, was denn überhaupt Sittengesetz heiße, und darauf antwortet: „jene dem tiefsten Leben des Volks entsprungene, unmittelbar als Nothwendigkeit empfundene, alle Poren der Nation durchdringende, heilige, unumstößliche Ueberzeugung von einem ungeschriebenen über Allen, auch den Mächtigsten stehenden Gesetze, dem der tief-eigenthümlichste Charakter des Volks, die demselben angeborne und angeerbte Sinnesrichtung seinen Inhalt setzt — bei den Griechen hieß es das Schöne und Gute, das Ethos, bei den Germanen hieß es das Recht, bei den Römern hieß es der Staat" (S. 1026):

so muß ich bekennen, mich durch diese Definition mit nichten gefördert gefunden zu haben. Ich kann in diesen Merkmalen keinen Kern, kein Princip finden, und damit fehlt es an dem Kriterium gegenüber — und an der Verknüpfung mit dem Rechtsgebiete. Ich komme hier auf den Vorwurf, welchen ich beiden, Schmidt und Esmarch, zugleich machen muß: unsichere Bestimmung der Gränze zwischen Recht und Moral. Beide haben allerdings einen Punkt, in dem sie zusammentreffen: der aber liegt nicht in ihrem Wesen und Inhalt, nicht in der Gemeinsamkeit ihrer ethischen Bestimmung, ihrer weltökonomischen Aufgabe, sondern in der Gemeinsamkeit gewisser allgemeiner Voraussetzungen. Beide bewegen sich auf dem Gebiete der Willensfreiheit menschlicher Wesen und sind objective Ordnungen, mit denen die Natur dieser gleichsam ausgestattet ist, um jene nicht zu einem Hemmniß werden, sondern Hebel der geistigen Vervollkommnung seyn zu lassen; beide setzen mit Willensfreiheit ausgestattete Wesen voraus. Die Moral aber wendet sich an den Einzelmenschen,

an sein abgeschlossenes Innere, an seine Gesinnung und die Beweggründe seines Handelns; das Recht ergreift das Mitglied der menschlichen Gesellschaft, tritt dem Menschen äußerlich gegenüber und beschränkt und bestimmt die thatsächlichen Aeußerungen seiner Willensfreiheit, das Handeln selbst. Von einer thatsächlichen Vermischung beider Ordnungen (im Leben eines Volkes), oder einem Hervorgehen des einen aus dem anderen kann daher wohl nie die Rede seyn; nur die subjective Reflexion und Speculation Einzelner kann die Gränzlinie trüben, und nimmer läßt sich sagen, daß bei diesem oder jenem Volke das Recht in der Moral, die Moral in Recht gebunden und befangen gelegen habe, nimmer sich der Unterschied zweier Rechte (verschiedener Völker) in die größere oder mindere Sittlichkeit des Rechts setzen. Etwas anderes ist es, zu sagen daß das eine Volk früher und glücklicher als das andere die sittliche oder die rechtliche Ordnung herausgebildet, zum Bewußtseyn gebracht und in Sätze gestaltet habe. Darin aber liegt kein juristischer Unterschied beider Völker und Rechte, sondern ein ethischer; das Kriterium ist ein über dem Recht, über der Moral hinausliegendes. Es ist gewiß interessant und fruchtbringend, diesem Gedanken nachzugehen; man wird dabei finden, wie die ethische Gesammtanschauung der germanischen Völker eine edlere, freiere und reinere ist als diejenige der Römer. Mit diesem Gesichtspunkte nun haben, wie mich dünkt, Schmidt und Esmarch das rechtliche Kriterium beider Rechte, des röm. und german. Rechts, vermischt, und darum den Gewinn ihrer mit keimender Einsicht in das Wesen des Gegensatzes angestellten Betrachtungen geschmälert.

Ich kann unmöglich hier erschöpfen wollen. Eine Andeutung möge genügen, zu zeigen worein ich den juristischen Unterschied des röm. und german. Rechtslebens und Rechtssystems setze, einen Unterschied, dessen Ahnung sich durch die größere Anzahl der germanistischen Lehrbücher, sowie insbesondere durch den Streitüber die germanischen „Genossenschaften" hindurchzieht, und dessen Erkenntniß uns zugleich zu einer unabsehlichen Reihenfolge tiefster Blicke in die weltgeschichtliche Bedeutung des german. Rechtslebens, in die Vorbereitungsstufen der vollendeten „bürgerlichen Gesellschaft" dieses theoretischen Hauptproblems der Gegenwart das Auge schärfen und klären wird.

Ich vermag nicht Esmarch beizustimmen, welcher den Gegensatz beider Rechte darein setzt, „daß bei den Römern das Sittengesetz nicht, wie bei den Germanen, im Privatrecht, sondern im Staatsrecht befangen lag," und den Staat der Römer als ihr Gebäude der sittlichen Nothwendigkeit bezeichnet. Ich meine vielmehr, daß der Gegensatz des Staats- und Privatrechts der unglücklichste Maßstab für die Vergleichung beider Rechte sey, der gewählt werden könne; daß er keineswegs den Generalnenner für die Systeme beider Rechte bilde; daß sich, wenn wir nun einmal mit diesen Begriffen operiren wollen, nur sagen läßt: während das röm. Recht sich in jenem Gegensatze der Staats- und Privatsphäre, als der erschöpfenden Grundformel des Rechtslebens, bewege, so bestehe für das germanische Recht ein solcher Gegensatz gar nicht.

§. 15.

Von Savigny bemerkt (System I. S. 386), daß das oberste Gliederungsprincip des Rechts in dem inneren Wesen der Rechtsinstitute gelegen sey, nämlich in ihrem organischen Zusammenhange mit dem Wesen des Menschen selbst, welchem sie adhäriren; alle anderen Eigenschaften derselben müßten dagegen vergleichsweise als untergeordnet und als zur Grundlage des ganzen Rechtssystems ungeeignet erscheinen; daher bilde z. B. auch das Object der Rechte nur ein untergeordnetes Moment des Systems, dagegen müsse der systematische Ausgangs- und Schwerpunkt des Systems die Stellung des Menschen je als Gliedes eines organischen Ganzen oder als Einzelnen, (d. h. als socialer Einzelgröße) seyn. In dieser wahren Bemerkung ist der Schlüssel für das Princip des röm. und des german. Rechts und Rechtssystems gegeben.

Wir können uns nämlich denken, daß das Subject, das menschliche Individuum, noch in dem organischen Zusammenhange mit den socialen Lebenskreisen, in welche es Geburt und Sitte gestellt hat, vollständig aufgeht — oder aber daß es bereits zu einer abstracten Isolirtheit seiner individuellen Existenz, Berechtigung und Bestimmung gediehen ist. Jenes Aufgehen des Einzelnen in den ihn umschlingenden natürlich-socialen Lebenskreisen ist das ursprüngliche Verhältniß, und je energischer das Volksthum ist, um so mächtiger wird das Individuum von ihnen ergriffen,

durchdrungen, ausgefüllt, um so weniger wird es sociales Individuum seyn. Die Herausarbeitung der abstract-individuellen Selbstberechtigung, der menschlichen Individualität als einer socialen Potenz aus jenen primitiven Organismen geht nur langsam und schweren Schrittes von statten. Das griechische Rechtsleben hat es nie eigentlich dazu gebracht, das germanische Rechtsleben hat es nicht durch sich dahin gebracht; in Rom vollzog sich dieser Individualisirungsproceß durch den Impuls eines Ereignisses, welches wir als Beginn einer neuen Culturschicht betrachten müssen, und auf der Basis der zwölf Tafeln gestaltete sich hier der systematische Grundgedanke des röm. Rechts so: das einzelne Individuum hat eine complicirte sociale Stellung; denn einmal gehört es gewissen es umschlingenden socialen Organismen, dem Staat und der Familie an, sodann aber hat es auch eine Sphäre vollkommen freien Waltens. In dieser Sphäre des Privat- (Vermögens-) Rechts kommt erst jenes zweite Element des Rechtsbegriffes, das Rechtsobject zu seiner vollen Geltung, und hier steht, was der römische Rechtssinn geschaffen, als unerreichtes Muster da. Stufenbildungen zwischen dem Staat einerseits und der Familie und dem Individuum andererseits kannte Rom nicht; Ansätze zu selbständigen Organismen daneben verstand man nicht und ordnete sie theils der Familie (in mancipio esse), theils dem Staat (municipia) unter. Das Princip des Vermögensrechts mit seiner mathematischen Exactheit wog über, und durchdrang die gesammte productive Rechtsanschauung und civilistische Methode der römischen Jurisprudenz, so daß die Bedeutung des Rechtsobjectes für die Gliederung des Systems in den theoretischen Vordergrund trat und fortwährend sich das Streben kund gab, auch die Einrichtungen des Familien- und Staatsrechts in die abstracten scharfkantigen Formeln des Vermögensrechtes zu zwängen.

Der germanischen Rechtsanschauung dagegen war jener schroffe Gegensatz zwischen Staat und Individuum gänzlich fremd — so lange sie eben rein germanisch blieb. Was wir unter den Functionen des Staates aufzuzählen pflegen, war bei ihr auf verschiedene sociale Organismen und Organe vertheilt, und die sociale Bedeutung und Stellung des Individuums ward von den es umschlingenden Lebenskreisen so vollständig absorbirt, daß kein Stoff für eine rechtliche Selbständigkeit übrig schien. Der Ger-

mane kannte jene Kluft zwischen Individuum (der Familie ward kaum der Charakter eines Organismus und einer socialen Potenz zugestanden) und Staat nicht; er hatte das Individuum noch nicht zur abstracten Selbständigkeit isolirt und den Staat in seiner idealen Höhe noch nicht zum Bewußtseyn sich gebracht; aber um die Familie und über ihr, zwischen und neben den Keimen der Staatsidee trieb der germanische Rechtssinn eine erstaunenswerthe Fülle socialer Lebenskreise hervor, welche theils in strenger Sonderung (Hof-, Lehn-, Land, Stadt-Recht), theils in mannichfacher Verschlingung (Stände-, Lehen-, Landgemeinde-, Markgenossenschafts-, Deichverbands-, Stadt-, Zunft-Recht) den Einzelnen erfaßten und erfüllten. — Die Gliederung des germanischen Rechtslebens bleibt also nicht bei der Familie stehen und gelangt nicht ganz bis zum Staat (im antiken und modernen Sinne); aber sie füllt jenen weiten Raum zwischen Familie und Staat mit einer Fülle engerer und weiterer, grellerer und verschwimmender Lebenskreise aus, deren jeder in specifischer Bewegung sich entfaltet, seine eigene Rechtsordnung hat und mit seinem eigenen Maß gemessen seyn will. So gelangt denn das german. Recht gar nicht zur vollen Anerkennung des Individuums als einer selbständigen socialen Potenz — und einer abstracten Privatvermögenssphäre; das Rechts*object* bleibt hier allenthalben von untergeordneter Bedeutung, und die einzelnen Rechtsinstitute sind aus den specifischen Ordnungen der verschiedenen Lebenskreise zu gestalten und zu analysiren, und können ebensowenig wie die Einrichtungen des Familien- und des Staatsrechts unter das Schema des (römischen) abstracten Vermögensrechts gebracht werden. Das System des german. Rechts ist also im eminenten Sinne ein *System der organischen Genossenschaften* (oder socialen Organismen).

§. 16.

Schmidt, indem er von der von ihm betonten (oben §. 12 referirten) Gegensätzlichkeit des röm. und german. Rechts ausgeht, gelangt zu der Behauptung vollständiger (praktischer) Incompatibilität beider Rechte. Er gibt zwar (S. 7) zu, daß die Reception des röm. Rechts bei uns das natürliche Resultat eines geschichtlichen Entwickelungsprocesses, mithin nicht willkürlich gemacht sey, weist aber daneben im Allgemeinen auf eine Möglichkeit *frank-*

hafter Entwickelungsprocesse hin, und läugnet, daß der Proceß der Reception ein gesunder gewesen, und der dadurch herbeigeführte Zustand unseres Rechtslebens ein heilsamer sey, weil eine organische Assimilation des römischen Elementes ohne vollkommenes Preisgeben des innersten Kernes des Germanenthums undenkbar sey (S. 13 u. s. w). — Ich gebe dagegen wohl zu, daß die Reception des röm. Rechts so wenig wie einst das Eindringen des plebejischen Princips in Rom, oder die Gewaltherrschaft der Dorier in Griechenland, oder der Normannen in England ein normaler Proceß sey, der sich auf dem Niveau der alltäglichen geschichtlichen Bahn bewegte, aber krankhaft kann ich ihn darum nicht nennen; die Reception war nothwendig geworden durch die Impotenz der Vergangenheit, und war bestimmt durch die Erschütterung hindurch zur gesteigerten Gesundheit und Fülle zu führen. Der unmittelbar dadurch herbeigeführte Zustand schien nicht heilsam, aber er war heilbar und heilbringend, und die Heilung und das Heil zu vollenden, das ist dermalen unsere Aufgabe.

Die Consequenz der Schmidt'schen Ansicht, welche ihr Urheber bald gelinder, bald schärfer hervortreten läßt, ist, da er das german. Recht als das Product der Sittlichkeit im Gegensatz des röm. Rechts auffaßt, jenes als das höhere über diesem markirt, natürlich die, daß das römische Recht mit seiner Grundlage und seinen Grundgedanken über Bord geworfen werden müsse. Er selbst sagt über sein Verhältniß zu Ihering's Standpunkt Folgendes (Vorrede S. V, VI): „Ihering steht ganz auf röm. Standpunkt; die Voraussetzungen und Principien, von denen die Römer bei der Construction ihres Rechts ausgegangen sind, sind auch die seinigen, und werden von ihm als allgemein gültig betrachtet, und der ausdrücklich ausgesprochene Zweck seiner Schrift ist gerade, die unbegränzte Bewunderung, welche er für das römische Recht empfindet, auch Anderen einzuflößen. Für mich dagegen bildet gerade der Gegensatz zwischen der römischen und germanischen Anschauungsweise den Ausgangspunkt meiner Betrachtungen; mein Bestreben ist gerade darauf gerichtet gewesen, diesen Gegensatz darzulegen, und nachzuweisen daß die Voraussetzungen und Principien des röm. Rechts etwas specifisch Römisches sind, und mit den Grundprincipien unseres nationalen Staats- und Rechtslebens in directem Widerspruch stehen."

§. 17.

In noch schrofferen Gegensatz geräth Schmidt zu der Schlußmeinung von Lenz, der in einer Schrift, welche trotz aller Krankheit der Form doch einen nicht geringen Fonds gesunden Inhaltes bietet, und trotz aller scharfen Zurechtweisungen doch bereits einer nicht unansehnlichen Berücksichtigung theilhaftig geworden ist (die ich ihr ungeschmälert erhalten wünsche), über den praktischen Werth des römischen Rechts sich hat vernehmen lassen. Die Gelegenheit, diesen Wunsch hier auszusprechen, erleichtert mir die Pflicht, einen schwer wiegenden Tadel anzuknüpfen. Ich spreche ihn aus, indem ich damit nicht bloß Hrn. Lenz selbst, sondern auch einem Beurtheiler desselben, welcher im literar. Centralblatt aufgetreten ist, gerecht werden zu können meine. Die Schrift des Hrn. Lenz hat ihre unbestreitbaren Verdienste, dünkt mich, und diese Verdienste sich zu erwerben, ist ihr vom Verf. durch nicht gewöhnliches Talent überaus leicht geworden. Aber fast, möchte ich hinzusetzen, hat er sich dieses Talents und jener Verdienste kaum würdig gezeigt. Ich meine, es gibt auch im Reiche der Wissenschaft eine anzustrebende Zucht innerer, und Sitte äußerer Bewegung! Diese Zucht ist Lenz fremd geblieben. Er hat den Stoff seiner aufsprießenden Ideen in einen Wust abenteuerlicher, barocker, ja salopper Formen geschüttet, seinem bis zur Selbstvergötterung gesteigerten Selbstgefühl den Zügel schießen lassen, seine Erwartungen weit über daß Maß seiner Leistungen hinausgeschnellt und im Rausche des Schaffens und Combinirens die Gefahr verkannt, die ein zucht- und haltloser Geist immer läuft, der Anerkennung des Geschaffenen, oder doch des Genusses dieser Anerkennung verlustig zu gehen. So müssen denn Andere ihm diese Anerkennung erstreiten, die ihm der gedachte Beurtheiler weigert, indem er dem Reize sich hingab, welcher in der überwältigenden Benutzung wohlfeiler Angriffspunkte für sarkastische Naturen liegt.

Ein Verdienst von Lenz ist es, [1]) daß er sich in ent-

---

[1]) Die Lenz'sche Schrift ist ein wichtiges Glied in der Kette der in die vorbereitete Neuzeit der deutschen Rechtswissenschaft hinüberführenden Phasen. Dennoch kann und muß ich mich in Betreff ihrer hier kurz fassen, da ich bereits eine Anzeige derselben im Gersdorf'schen Repertorium (1854, S. 140 flg.) geliefert habe, und da zu gleicher

schiedensten Gegensatz gegen die Schmidt'sche Apotheose des germanischen Rechtsprincips stellt; daß er mehr wie irgend jemand vor ihm betont hat, daß der eigentliche principielle Fortschritt, die wahrhaft erlösende That im Rechtsgebiet in dem Zwölftafelgesetz, oder vielmehr in dem hierin enthaltenen Siegesabschlusse, nicht etwa erst in dem Aufblühen des jus gentium zu suchen, und daß in den dort niedergelegten Rechtsprincipien das vollkommene und absolute, über alle nationellen und historischen Besonderheiten und Zufälligkeiten erhabene Recht gefunden sey. „Nicht bloß im Sachen-, im Obligationen-Recht und im s. g. allgemeinen Theil unseres Privatrechts, auch im Familien- und Erbrecht ist das röm. Recht ausschließlich zur Herrschaft berufen; von unseren und anderen Volksrechts-Sitten ist zum Fortbestand nur berechtigt, was vor dem röm. Recht, dem Jus, die Probe besteht, sich principiell von ihm durchdringen läßt; sofern es in der That nicht juristisch construirbar ist, wollen wir das unrettbar Verlorene, ohne den morschen Trümmern nationaler Rechts-Sitte kindische Thränen nachzuweinen, seinem unvermeidlichen Untergange entgegengehen lassen."

Hierin liegt meines Erachtens mehr Wahrheit als man dermalen vielleicht irgendwoher zuzugestehen geneigt seyn wird. Lenz ist nur etwas zu schroff aufgetreten, und sein Blick überspringt gewisse nähere Punkte, welche zunächst Berücksichtigung verlangen. Er hat darin Unrecht, daß er (S. 349) der ehelichen Gütergemeinschaft und unter diesem Musterbeispiele jener ganzen Kategorie sogenannter eigenthümlich germanischer Rechtseinrichtungen (wie Gesammteigenthum, organische Genossenschaft, Interimswirthschaft, Einkindschaft, Gutsanschlag, Vorbehalt der Herrschaft u. s. w.) den Charakter des Streng-Rechtlichen und der juristischen Construirbarkeit abspricht, und gleich wie der Romano-Germanist Gerber, neben der römischen Universalsuccession kein anderes Erbrechtsprincip anerkennen will. Das germanische Rechts- und Staatsleben hat gegenüber dem fast allein auf dem Subjectivitätsprincip balancirenden röm. Recht seine eigenen Criterien und Grundlagen, die sich allerdings nicht ganz auf römische Vermögensrechtsformeln zurückführen lassen, sondern einer eigenthümlichen socialen Lebens-

---

Zeit mit gegenwärtiger Ueberschau eine besondere Beurtheilung derselben Schrift von anderer Seite erfolgen wird.

dimension angehörend, mit ihrem eigenen Maße meßbar und nach diesem vollkommen verständlich und faßlich, und auch ohne haarsträubende „Seiltänzerkünste" formulirbar sind. Diese Kriterien und Grundlagen entsprachen und entsprechen (theilweise noch) dem Charakter des deutschen Rechtslebens und befriedigen dessen sociale Bedürfnisse, und an uns ist es nicht, jene abzuschütteln, solange noch ein Funken von diesem in uns ist: der ganze Bauernstand trägt noch ächtes vollblütiges Germanenthum in sich. Es würde ein Raub seyn, ihm die römischen Kategorien mit allen ihren praktischen und unpraktischen Consequenzen schenken zu wollen. Aber freilich! je mehr diese Nachklänge germanischer Sitte und Rechtsanschauung sich verdünnen und zerstreuen, um so mehr wächst das Gebiet für die Ausbreitung des in Rom zu Tage geförderten neuen social-juristischen Gedankens der vermögensrechtlichen Persönlichkeit, welcher, über die Tradition und die Nationalitäten sich erhebend, unausbleiblich zur Herrschaft gelangen wird. Jene früheren nationellen Rechtsanschauungen haben ihre historische Berechtigung, sie dürfen auch vom Juristen nicht verworfen, noch für juristische Undinge gehalten werden. Aber erfahren wird man auch, daß ein anderes mächtigeres Socialprincip alle jene Rechtsanschauungen verdrängen, und, meinetwegen, ein vollkommneres Rechtssystem zu Wege bringen wird, welches nur ausgebildet, aber nimmer durch ein noch Höheres wird beseitigt werden.

Noch dürfen und mögen wir uns nicht von den ererbten Sitten der Vorfahren ganz lossagen, müssen noch für manche Gebiete Rechtseinrichtungen anerkennen und gelten lassen, und unserem System einreihen, welche dem röm. Juristen kaum ganz verständlich seyn würden; und vor allem muß ich bestreiten, daß, solange noch von einem deutschen Volksthum geredet werden kann, das röm. Recht im Familien- und Erbrecht „ausschließlich zur Herrschaft berufen" sey. Diese Herrschaft wird erst dann — dann freilich auch gewiß — anheben, wenn der allgemeine große Strom des Völkerverkehrs, nachdem er alle lebenskräftigen Volksstoffe der Erde in sich aufgenommen, als freie Association der Individuen (wie sie der wahre Gegenstand der modernen s. g. Gesellschaftswissenschaft ist) dem Ziele der großen bürgerlichen Gesellschaft entgegenbrauset. Die englischen Admiralitätsgerichte

entscheiden hauptsächlich nach Sätzen des röm. Rechts, und die Nordamerikaner kommen nach Europa, nicht um deutsches Recht, sondern um römisches Recht zu studiren, das von Interimswirthschaft und Einkindschaft, vom Lehens- und Meier- und Gesindeverhältniß nichts weiß. In nicht gar ferner Zeit werden in Nordamerika die Principien des röm. Rechts zur ausschließlichen Herrschaft (?) gelangt seyn, und von da aus den Eroberungszug um die Erde antreten, in dem Gewande, das ihm bis dahin deutsche Wissenschaft gewoben haben wird.

Diese Principien nun sind aber nicht erst auf dem Tribunal des (röm.) Prätor gewachsen; die Menschheit verdankt sie dem Ringen des römischen Plebejerthums und negativ dem stählenden Widerstande des Patricierthums, verdankt sie den zwölf Tafeln. Nicht die Erweiterung des jus strictum zum jus gentium ist die große fördernde That, sondern die Schöpfung des *jus strictum* ist der welthistorische Angelpunkt des Rechts. Nicht der Dualismus des jus civile und jus gentium, der sich in jedem Recht wiederholt, sondern der Dualismus der plebejischen und patricischen Rechtsanschauung ist das wichtigere Phänomen. Noch Leist in seiner Baseler Antrittsrede „Ueber die Entwickelung eines positiven gemeinen Rechts in der civilisirten Menschheit" (Basel, 1846, S. 25 flg.) hat jenen ersten Dualismus ausschließlich hervorgehoben; Lenz hat den zweiten wieder und überhaupt zuerst mit dem gehörigen Nachdruck betont, und darin liegt kein geringes Verdienst, das jedes kommende Jahrzehent zu klarerem Verständniß bringen wird.

Von diesem Standpunkte aus vermögen wir denn auch die wahre Seite an einer anderen gewiß nicht minder paradox klingenden Aeußerung von Lenz zu erkennen, mit welcher derselbe gegen den Werth aller Comparativjurisprudenz, von der sich noch Ihering sehr viel verspricht, protestirt. Allerdings! in dem von den meisten angestrebten Sinne wird uns eine Vergleichung der verschiedenen Nationalrechte wenig nützen; alle indogermanischen Volksrechte werden auf gewisse Grundprincipien hinauslaufen, die für eine Zeit und für Zustände unzureichend sind, welche sich dermalen vorbereiten — und die eben in Rom für alle kommenden Zeiten gründlich überwunden und von der bürgerlichen Gesellschaft immer mehr werden abgestreift werden.

Andere Grundprincipien bietet uns der Kern der semitischen Sprachstämme mit ihren patriarchalischen Familien- und Naturstaaten. Aber alle diese Principien helfen uns im Grunde für den praktischen Ausbau des der Zukunft angehörenden Rechtes gar wenig. Darum aber wollen wir die Comparativjurisprudenz nicht ganz und gar missen! Sie wird uns die Folien liefern für ein schärferes Verständniß des juristischen Wesens der Rechtsbegriffe, Rechtseinrichtungen und Rechtssätze, welche wir der Werkstätte des römischen Rechtssinnes verdanken, und welche, einst instinctmäßige Schöpfungen, dem menschlichen Geiste zum Bewußtseyn zu bringen, und damit einer minder instinctiven Zeit zum praktischen Gebrauch zuzurichten, die großartige Aufgabe der deutschen Wissenschaft ist.

Es hat mit dem civilistischen Wesen und Geiste jener römischen Rechtsbegriffe, Rechtseinrichtungen und Rechtssätze eine eigene Bewandtniß. Sie sind so einfach und scharf zugeschnitten; wir gehen nun so lange schon mit ihnen um; und doch muß ich bekennen, ein wahres und volles Verständniß derselben überaus selten gefunden zu haben. Es ist als ob gerade eben nur die Römer mit der intellectuellen Kraft ausgestattet worden seyen, die mathematischen Formeln des Verkehrs zu fassen und zu handhaben. Gewiß ist, daß es gewaltige Schwierigkeit hat, anfangenden Jüngern der Rechtswissenschaft eine klare Einsicht in die civilistische Tragweite der römischen Kategorien zu verschaffen; sie meinen die Sache zu haben, und gar leicht überredet sich der Lehrer zu dem glücklichen Erfolge; sollen sie aber das Ding fest fassen und durchbringen, so gehen ihnen die Augen über, denn die Contouren der römischen Rechtslogik sind so zart und scharf, so haarfein und so tiefschneidend. Diese Wahrnehmung ist es, welche mich auf folgenden Gedanken gebracht hat, der die Form eines Vorschlags annehmen muß. Man beginne das Rechtsstudium mit Vorträgen über Geschichte und System des (classisch-) germanischen Rechts (in dem eben entwickelten Sinne). Abgesehen davon, daß dieser Rechtsstoff durch seine poetische Sinnigkeit und den aus ihm anwehenden heimischen Duft gewiß mehr als jenes nüchterne, abstracte röm. Recht uns deutschen Seelen Lust zum Rechtsstudium zu machen geeignet ist, bin ich auch überzeugt, daß nur demjenigen, welcher die Kenntniß des weicheren germanischen Rechtsstoffes

gleichsam als Folie mitbringt, die feingeschliffenen Begriffe und Dimensionen des röm. Rechts in ihrer innerlichsten civilistischen Wesenheit verständlich werden können. Diese Andeutung möge hier genügen, auf einen Punkt aufmerksam zu machen, welcher, sollte ich meinen, einer ernsthaften Erwägung nicht unwürdig ist.

§. 18.

Ich habe von der praktischen Seite der Aufgabe der deutschen Rechtswissenschaft gesprochen. Auf welchem Wege, durch welche Mittel wird diese Aufgabe erreicht werden? Auf dem Wege der ehemaligen philosophischen, der jetzigen historischen Rechtsschule? Nein! durch eine organische Ueberwindung und Auflösung dieses Gegensatzes, durch Gewinnung eines Terrains, auf welchem die logische und historische Expansion und Entfaltung des Rechtsstoffes derselben Gesetzmäßigkeit theilhaftig erkannt wird, auf welchem wir eine Einsicht in den Weltplan gewinnen, welcher sich in jedem Gliede der Welt, in den gewaltigen Naturprocessen, wie in den großartigen Bethätigungen des menschlichen Geistes, im Gebiete der Kunst und Religion, der Sprache und des Rechtes, mikrokosmisch wiederholt, auf welchem der Lebenskern und die Gliederungen, die Stetigkeit und die Abwandelungen, der Inhalt und die Formen der aufeinanderfolgenden Phänomene des Rechtsorganismus in erkanntem Zusammenhange sich vor uns auseinanderlegen und das Walten desselben logischen und organischen Geistes bekunden, den wir in den Reichen des Naturlebens mit steigender Einsicht und Bewunderung wirken und gestalten sehen. Im Recht wie im Weltall überhaupt gibt es Stadien der Vervollkommnung, welche vom Einfachen ausgehend zur Mannichfaltigkeit fortschreiten und in der Gliederung die Einheit bewahren — gibt es verschiedene Formen der Entfaltung des Gegebenen und des Ansetzens neuer Bildungen, entsprechend den organischen und krystallinischen Bildungsprocessen in der Natur — gibt es Begattung und Combination der vorhandenen Elemente zu neuen Gestaltungen, und eine Steigerung und Entwickelung dieser Elemente zu reicheren Gliederungen und feineren Organismen und schwunghafteren Gestalten. Mit der Erkenntniß dieser auch im Recht waltenden, in dem Baue und den Entwickelungsphasen des röm. Rechts mit vollendeter Klarheit uns enthüllten Naturgesetze wird auch die

Formulirung der Rechtssätze einfacher und lichter werden, das Verständniß der Rechtsinstitute und Rechtsbegriffe leichter, die Fassung populärer, das Studium erfrischender und erhebender, der Zusammenhang mit den übrigen Wissenschaften lebendiger werden, und aus diesem Ergebniß die wahre und ächte Praxis der Rechtswissenschaft, welche auch die ächte und wahre Theorie derselben ist, erblühen.

Dieß alles ist's auch, was Ihering andeutet, wenn er von der Naturlehre des Rechts redet, was Lenz vorschwebt, wenn er mit wunderlichen Sprüngen uns in das Diorama hereinnöthigt, in welchem er in ungesichteter Folge eine Reihe von Bildern naturhistorisch-anthropologischer Processe vorführt und das Füllhorn seiner letztjährigen Excerpte über die logisch-historische Genesis der Völker, Nationen und Racen vor uns mit einer Maßlosigkeit ausschüttet, daß es nur dem beharrlichsten Muthe gelingen kann sich hindurchzuarbeiten.

Auch Esmarch hat sich in dem Schlußtheile seines Aufsatzes auf den Pythischen Dreifuß gesetzt und uns einige Andeutungen über der deutschen Rechtswissenschaft und des modernen Rechtslebens Zukunft gegeben. Wird sich aber, möchte ich fragen, der von ihm gepriesene Ihering aufrichtig dafür bedanken können, wenn ihm mit seinem Buche über den Geist des röm. Rechts bei seinem Bewunderer nichts weiter gelungen ist, als diesen zu dem Ausrufe zu bringen, daß das röm. Recht aus sich selbst heraus neue Keime zu treiben unfähig, und unendlich weit davon entfernt sey, auf den Charakter eines absoluten Vernunftrechts Anspruch machen zu können; und daß, wer nicht mit den Augen eines Enthusiasten, sondern mit dem unbefangenen Blick des Wahrheit Suchenden im Gebiete des classischen röm. Rechts sich umschaue, sehr bald die Entdeckung machen werde, wie das röm. System höchstens ein in sich vollendetes, keineswegs aber ein selbst nur den einfachen Forderungen des praktischen Verstandes, der unbestrittenen Rechtsüberzeugung der heutigen Welt entsprechendes genannt werden könne (S. 1043 a. a. O.)?

Es drängt mich, zu bekennen daß ich andere Ansichten über den Werth des röm. Rechts aus dem Studium desselben gesogen habe, und daß, so weit ich bis jetzt die Anschauungen und Bedürfnisse g e r a d e des m o d e r n e n Verkehrslebens beobachtet und

erforscht habe, der Fond des röm. Rechts allenthalben als zureichend erschienen ist. Freilich meine ich auch, daß wir weder in der Lehre von der Stellvertretung oder (intellectuellen!) Besitzübertragung, noch der Uebertragung (?) von Forderungen und Stellung der Vollmachtgeber genöthigt sind, über die juristischen Principien des röm Rechts hinauszuspringen (s. Esmarch S. 1052), und meine z. B., daß das civilistische Wesen des Ordre- und Inhaberpapieres, der Verkehr mit Forderungen und Schulden nur mit den scharfen Werkzeugen des röm. Rechts vollkommen wird beherrscht und verarbeitet werden können, und daß wir hier mit den, richtig verstandenen (!), Lehren der Novation, Cession und Correalität weiter kommen werden, als mit allen den bannalen unjuristischen Redensarten von „Emancipation der Rechtsbegriffe." Denn diese Emancipation der Rechtsbegriffe ist nichts als das die innere Morschheit und Lebenskraftlosigkeit bergende Gewand, in das sich die drohende Destruction des Systems kleidet. Die Zucht in der Schule der röm. Rechtsbegriffe ist uns eine Errungenschaft, die nicht wieder aufgegeben werden soll, denn sie gibt uns zugleich die Freiheit, d. h. die wahre Freiheit, die in der Beschränkung zugleich Sicherheit und Maß gewährt.

Wir alle wissen wieviel noch fehlt, um den germanischen Rechtsstoff historisch und logisch, d. h. civilistisch zu bewältigen. Und worin liegt der letzte Grund dieser Unfertigkeit? Etwa bloß oder hauptsächlich darin, daß wir noch nicht eine hinreichende Anzahl von Urkunden und Archiven durchgemustert haben? Liegt der Grund mehr auf Seiten der Germanisten selbst, oder etwa, woran noch niemand gedacht zu haben scheint, mehr auf Seiten der Romanisten? Noch fehlt den Romanisten, d. h. den Juristen, die vor allen berufen sind, eine civilistische Naturlehre zu liefern, die wahre Erkenntniß und scharfe Formulirung der röm. Rechtsbegriffe, das Princip des röm. Erbrechts, das Wesen der (röm.) obligatio und des (röm.) Pfandrechts, der röm. potestas und der (röm.) Cession, Novation, Correalität u. s. w. Hier müssen wir erst festen Fuß fassen, ehe es wahrhaft gelingen kann, römisches und germanisches Recht in das rechte wissenschaftliche Verhältniß zu einander zu bringen.

Hören wir zum Schluß, was Esmarch über das röm. Recht hinzufügt: „Das röm. Recht ist durch ein hinzutretendes Element,

ein ihm an und für sich entgegengesetztes feindliches, über sich selbst hinaus auf eine höhere Stufe der Entwickelung getrieben worden, ohne welche es eine kostbare antiquarische Rarität, eine Mumie geblieben wäre, eine Stufe, die es aber durch eigene Kraft nun und nimmermehr hätte ersteigen können — dieß andere Element aber ist der Geist des german. Rechts. Der germanische Geist war es, der allein dem röm. Recht das bringen und gewähren konnte, dessen es bedurfte, um nicht in seiner eigenen Unvollkommenheit zu ersticken." (S. 1043.) Ich fürchte daß Esmarch hier und in der folgenden, übrigens manches Treffende enthaltenden Ausführung sociale und allgemein ethische mit specifisch-juristischen Gesichtspunkten vermischt. Ich wenigstens mag nicht zugeben, daß ein höherer juristischer Standpunkt über dem röm. Recht noch möglich sey. Unsere Auffassung des menschlichen Individuums als socialer Größe mag noch einen Läuterungsproceß durchlaufen, der Begriff der (rechtlichen) Persönlichkeit ist keiner Steigerung mehr fähig. Das Unsittliche der Sklaverei mag mehr und mehr betont werden; mit dem Satze, daß jeder Mensch als solcher frei und Person sey, werden wir juristisch nicht um ein Haar gefördert. Die Beseitigung des Concubinats mag durch einen höheren Schwung unseres Sittlichkeitsgefühls gefordert und bewirkt seyn, aber kann nicht als eine juristische Errungenschaft gelten. Im Wechsel und Papier au porteur haben wir dagegen eine Rückkehr zu den feinen und bewährten Grundsätzen der (römischen!) stipulatio und des (römischen!) Formalvertrags vollzogen, und darin das Bedürfniß einer Form in strengerem Maße noch ausgesprochen, als das röm. Recht selbst — so daß der Fortschritt unserer Rechtsauffassung unmöglich in die Befreiung des Willens von der Form (wie Esmarch will) gesetzt werden kann. In den Rechtseinrichtungen des Ordre- und Inhaberpapieres, und der s. g. societates perpetuae mit transportablen Actien haben wir allerdings eine größere formale Tragweite des persönlichen Willens zur Geltung kommen sehen, aber ähnliches kennt schon das röm. Recht in den verschiedenen Arten der letztwilligen Verfügungen, und ich kann nicht zugeben daß durch diese Erweiterung der Geltung des Privatwillens der Begriff und das juristische Wesen des Vertrags selbst eine Aenderung erlitten habe. Wenn das röm. Recht nicht anerkannte, daß eine societas auf Lebenszeit abgeschlossen und

verbindlich sey, oder daß der Gläubiger seinem Schuldner das Recht gebe, ohne sein, des Gläubigers, Zuthun beliebig zu noviren und sofort (Indossement!), und dieß bei uns anders geworden ist: so scheint mir darin nicht ein Aufgeben juristischer Principien, oder eine Bereicherung um neue Rechtsbegriffe zu liegen, sondern nur eine Bereicherung der vorhandenen Principien und Begriffe um einigen neuen socialen Stoff, und eine Abstreifung nationaler Beschränktheiten und historischer Zufälligkeiten von dem juristischen Kern, der hierdurch, weit entfernt beseitigt oder geschmälert zu werden, gerade recht blank und eben sich herausschält.

Hiernach kann ich in jenen Ausrufen Esmarchs nur einen Mangel gestählten Glaubens an den Geist des röm. Rechts finden, denselben Mangel, welcher andere Romanisten, vor allen Windscheid, zu wahren Verzweiflungsschritten (s. Krit. Ueberschau, Bd. I. S. 40, 186, 188) getrieben hat, welcher früher schon einen Kirchmann stachelte, die ganze Rechtswissenschaft als einen werthlosen Plunder zum Fenster hinauszuschütten, welcher unseren modernsten Skeptiker, Brinz, gebar — und schließlich uns in die neue Zeit und deren Verständniß hinüberdrängen muß.

Kuntze.

VIII.

Ueber den Begriff der Autonomie.

Ueber den Begriff der Autonomie. Von Hrn. Dr. Gerber, Vice-Kanzler und Professor in Tübingen. (Archiv für die civilistische Praxis, herausg. von Franke, von Linde, Mittermaier und von Vangerow; Bd. XXXVII, Heft 1, S. 35—62; 1854.)

Ueber den Begriff und die rechtliche Natur der Autonomie wurden bekanntlich bis in die neueste Zeit herunter die widersprechendsten Ansichten aufgestellt; in einem Punkte aber war man trotz aller sonstigen Meinungsverschiedenheiten einig gewesen, darin nämlich daß die Autonomie, möge nun deren Begriff sich hierauf beschränken oder noch ein weiteres Gebiet umfassen, wenigstens in gewissen Fällen als eigenthümliche Rechtsquelle zu betrachten sey, und somit eigenthümlichen Rechtssätzen ihr Daseyn gebe. Dem Verfasser der vorliegenden Abhandlung blieb es vorbehalten, als das Ergebniß einer neuerlichen Untersuchung der einschlägigen Fragen den Satz hinzustellen: „daß der Begriff der Autonomie als einer besonderen Rechtsquelle nirgends begründet sey. Autonomie ist vielmehr nichts anderes als ein unjuristischer Ausdruck für die größere oder geringere Handlungs- und Dispositionsbefugniß gewisser Personen und Genossenschaften in Rücksicht auf den durch das bestehende Recht nachgelassenen Spielraum — ein Ausdruck, der zur Vermeidung von Unklarheiten und Mißverständnissen aus der Rechtssprache überhaupt verbannt werden sollte.“ Durch einfache Läugnung der Existenz des Begriffes wäre nun freilich die Schwierigkeit seiner festen Begränzung und der Auf-

klärung seines Verhältnisses zu den allgemeinen Grundsätzen der Lehre von der Rechtserzeugung radical beseitigt; so anerkennenswerthe Vortheile hiernach die vom Hrn. Verf. vorgeschlagene Lösung der Frage vom Standpunkt der Bequemlichkeit aus betrachtet bietet, so soll inzwischen dennoch, da dieser Standpunkt in wissenschaftlichen Dingen nicht der vorzugsweise berechtigte scheint, hier nochmals der Versuch gewagt werden, ob sich der Knoten nicht statt durchhauen entwirren lasse, und ob der in ihren Wurzeln angegriffenen bisherigen Lehre nicht, vorbehaltlich mancher Einschränkungen im Einzelnen, ihre Berechtigung zu vindiciren sey.

Es sucht aber Hr. G. in gesonderter Darstellung nachzuweisen, daß weder beim hohen Adel, beziehungsweise der Reichsritterschaft, noch bei den Gemeinden und anderen Corporationen, noch endlich bei den Behörden von einer Autonomie als eigenthümlicher Rechtsquelle die Rede seyn könne. Im deutschen Mittelalter sey das Privatrecht „größtentheils ein ungeschriebenes" gewesen, „innig verbunden mit der Sitte," und ohne einen erkennbaren „Zug nach einer Formulirung zu Rechtssätzen." Demgemäß sey der Inhalt der einzelnen Handlungen im Privatverkehre wenn auch nicht ein absolut willkürlicher gewesen, so doch meist „nicht in so ferne ein rechtlicher als er lediglich die Natur der Ausführung eines bestehenden und der willkürlichen Gestaltung entzogenen Rechtsinstitutes gehabt hätte, sondern er war noch jene flüssige Substanz, die sich höchstens als ein in den socialen und sittlichen Zuständen der Zeit liegendes Motiv erfassen läßt, und seine juristische Form immer erst durch die Fixirung in einem einzelnen urkundlichen Rechtsgeschäfte erwartet." Daher soll nicht „die Gemeinsamkeit eines entwickelten Rechtsbewußtseyns," sondern nur „eine Uebereinstimmung in der Sitte und in den socialen Grundlagen des Lebens" das geringe Maß von Begrifflichem und Regelmäßigem in das ältere Recht gebracht haben, das in demselben zu erblicken sey. Daher erkläre sich ferner der besondere Werth der Urkunden, die nicht bloß sicherndes Beweismittel, sondern „in der That die alleinige Lex des fraglichen Verhältnisses," und ebendarum auch für uns die wichtigste Erkenntnißquelle seyen. Daher endlich die Möglichkeit einer weit unbeschränkteren Disposition des begüterten Freien über seine Liegenschaften als bei uns. Diese Eigenthümlichkeit des mittelalterlichen Rechtslebens habe sich nun bis zur

Reception des römischen Rechts ziemlich unverändert erhalten, und nur in sehr untergeordneter Weise finde sich bereits in den Rechtsbüchern „der Anfang einer Fixirung des flüssigen Elements zu bestimmten Regeln, Rechtssätzen und (wenn man dieß bei einer so ursprünglichen Rechtsaufzeichnung sagen darf) zu Rechtsinstituten.“ Von einer besonderen Autonomie des Adels könne aber für diese Periode darum nicht die Rede seyn, weil bei jener unbegränzten Dispositionsbefugniß zwischen Adel und Nichtadel kein Unterschied bestanden habe. — Durch das Eindringen des römischen Rechts sey nun aber die in den Rechtsbüchern nur unbedeutend begonnene Entwickelung mit einemmale zu ihrem Ziele geführt worden; das Recht sey „aus der Sitte und ihrer freien Uebung“ herausgetreten, und habe „die Form des objectiven Rechtssatzes“ gewonnen; damit sey „jene alte Form der Rechtsbildung“ beseitigt, und statt der Form, der Urkunde, vielmehr der Inhalt das juristisch Wichtigste für jedes einzelne Rechtsgeschäft geworden, dagegen „jene oben geschilderte Freiheit des Handelns aus dem allgemeinen Rechtsleben“ verschwunden. In einzelnen Rechtsgebieten und vor allem im Rechte des Adels habe sich nun aber jene ältere Art des Rechtslebens erhalten, und zwar nicht als ein abgestorbenes „historisches Residuum,“ sondern als eine lebensvolle und zu bedeutsamer Entwickelung hinreichend kräftige; „die Objectivirung des Rechts, oder m. a. W. die Formulirung desselben zu allgemeinen Rechtssätzen“ habe die Rechtsverhältnisse des Adels nicht ergriffen, und dessen Rechtsgeschäfte hätten darum ganz und gar den Charakter jener älteren Freiheit der Disposition behalten. Das mit jenem Objectivirungsprocesse beim gemeinen bürgerlichen Rechte nothwendig sich einfindende System habe nun zunächst versucht, durch die willkürlichste formelle Anknüpfung an einzelne Sätze des römischen Rechts, oder auch durch die mechanischsten Auskunftsmittel die einzelnen beim Adel üblichen Dispositionen zu schützen; später aber habe man „diese Versuche einer Construction des Adelsrechtes mit den Mitteln des römischen Systems“ aufgegeben, indem man dieses „ganz und gar aus dem formulirten Rechte hinauswies, und es einem eigenen alle Schwierigkeit einer juristischen Construction beseitigenden Principe unterstellte.“ Dieses Princip aber sey in dem Gedanken zu finden, „die Rechtsgeschäfte des Adels, durch welche er in einer von dem regelmäßigen Rechte abweichen-

den Art über seine Güter zur Erhaltung des Namens und Glanzes der Familie disponirt, nicht sowohl für Rechtsgeschäfte, also Anwendung schon bestehender Rechtsinstitute, sondern für Acte einer gesetzgebenden Gewalt zu halten;" eine Stütze aber habe diese Annahme einerseits darin gefunden, daß die Wirksamkeit der meisten derartigen Verfügungen „in keiner bestimmbaren Zeit- und Personengränze erschöpft war, sondern vielmehr eine unbestimmte Zahl zukünftiger Subjecte verpflichten sollte," andererseits aber in der den Urhebern derselben „größtentheils" zustehenden wirklichen gesetzgebenden Gewalt. Für derartige Vorkommnisse sey dann auch der Name Autonomie gebräuchlich geworden, ohne doch gerade die Natur eines technischen zu gewinnen, [1]) und bei der früheren mangelhaften Theorie der Rechtserzeugung habe jene Ansicht in der That nichts besonders auffallendes gehabt. „Als nun aber von Pütter u. a. der Anfang gemacht wurde, in verspäteter Fortsetzung jenes Formulirungsprocesses auch für diese Rechtsgeschäfte ein objectives Recht zu gründen — ein Unternehmen, dem im vorigen Jahrhundert noch die große Schwierigkeit entgegenstand, daß der hohe Adel überall zugleich wirklicher Gesetzgeber war — so hätte consequent der Begriff einer besonderen Autonomie verschwinden, und die Hausverträge und Familienverfügungen des hohen Adels zu der Bedeutung gewöhnlicher Rechtsgeschäfte herabsteigen müssen. Daß dieß aber nicht geschah, daß man vielmehr angesichts des heutigen Standpunktes des deutschen Privatrechts dem Begriffe der Autonomie sogar eine neue selbständige Stellung anweisen konnte, erklärt sich lediglich aus dem Verkennen jenes eigenthümlichen Ganges der formalen Entwickelung unseres einheimischen Rechts." Bezüglich des Rechtes der Gegenwart scheidet

---

[1]) Beiläufig bemerkt, erscheint es zweifelhaft, mit welchem Rechte Hr. G. die Bemerkung Beselers rügt, daß er den Gebrauch des Wortes Autonomie für das Recht der Selbstgesetzgebung zuerst bei Schilter gefunden habe. Wenn sich Ersterer auf einen anonymen Tractatus de autonomia, München, 1593, beruft, so möchten wir hingegen, obwohl es uns sowohl wie Hrn. G. unmöglich war die Schrift selbst zu Gesicht zu bekommen, zu bedenken geben, daß in derselben der Ausdruck aller Wahrscheinlichkeit nach nur als Bezeichnung für den sog. geistlichen Vorbehalt gebraucht seyn dürfte. Vgl. Pfeffinger, Vitriar. illustr. I, 15, §. 26, zumal not. d. (S. 1414—8 des tom. I der Ausgabe von 1754).

Hr. G. die Hausgesetze der souveränen Häuser aus; „dieß sind wahre wirkliche Gesetze, und betreffen einen Gegenstand, der einen wesentlichen Theil der Staatsverfassung ausmacht." Hinsichtlich der „neuen Familienstatuten" des mediatisirten hohen Adels und der ehemaligen Reichsritterschaft dagegen sucht er darzuthun, daß von einer Autonomie im Sinne einer Selbstgesetzgebung bei ihnen keine Rede seyn könne. Die Dispositionen, durch welche der Adel seinen Standesinteressen Genüge zu thun suche, nämlich die Stiftung von Familienfideicommissen, die Begründung der Stammgutsqualität, endlich die Eingehung von Erbverbrüderungen, sollen „nicht die Natur von rechtserzeugenden Acten, sondern lediglich die von Rechtsgeschäften haben;" durch keine derselben werde „ein Rechtssatz hervorgebracht, sondern immer nur ein Rechtsverhältniß, für welches die heutige Theorie des deutschen Privatrechts auch schon das entsprechende Rechtsinstitut kennt." Daß derartige Dispositionen „eine Menge von noch ganz unbestimmbaren Subjecten zukünftig binden sollen," gebe ihnen zwar „den Schein gesetzlicher Normen," könne aber „an ihrem Charakter als Rechtsgeschäfte nichts ändern;" schon das römische Recht erkenne ja im Testamente „die juristische Möglichkeit der Fortwirkung eines Einzelwillens über den Tod hinaus" an, und das deutsche „erweitert die Möglichkeit, Willensacte mit bindender Kraft für die Zukunft vorzunehmen, insofern dadurch die erst der neuern germanischen Welt mit dieser Energie bekannte Neigung zur Erhaltung der Familienindividualität in der Geschichte eine Befriedigung empfangen soll." [1]) Auf dasselbe Ergebniß soll ferner auch die Erwägung führen, daß jede derartige Disposition, wenn man eine Autonomie im obigen Sinne annehmen wollte, nothwendig als „etwas individuell Selbständiges" gelten müßte, „als eine willkürliche Schöpfung, die lediglich auf dem Belieben ihres gesetzgeberischen Urhebers beruht, und nicht auf eine schon bestehende, allgemeine Regel zurückgeführt werden kann;" in der That seyen aber den Verfügungen

[1]) Doch will der Verf. jene Einheit der Familie immer nur für ein sittliches und sociales Moment gehalten wissen, und „gewiß befinden sich diejenigen in einem erheblichen Irrthume," welche dieselbe als eine juristische auffassen wollen, wie die Einheit der Corporation oder Gesellschaft.

des Adels mit Rücksicht auf ihren Inhalt durch die Landesgesetze Schranken gezogen, ihre Wirkung auf Dritte sey „keine andere als diejenige, welche aus jedem nach der Norm eines bestimmten Rechtsinstitutes perfect gewordenen Rechtsverhältnisse hervorgeht," „mit einem Worte, alle Verfügungen des Adels über Güter- und Familienverhältnisse, welche auf eine unbegränzte Zukunft wirken sollen, haben einen rechtlichen Bestand nur unter der Voraussetzung, daß sie die Realisirung eines der obengenannten Institute enthalten, oder eine an diesen Thatbestand anschließbare Modalität betreffen." Nachdem der Hr. Verf. noch versucht hat aus den Ausdrücken der neueren Bundes- und Landesgesetze die Richtigkeit dieser seiner Ansicht zu erweisen, geht er endlich noch kurz auf den Begriff der Observanz ein als der in der Uebung sich darstellenden Autonomie, und will in Bezug auf sie zweierlei unterschieden wissen. Das eigenthümliche ungeschriebene Recht des Adels einer ganzen Provinz, welches ganz unter den Begriff des Gewohnheitsrechtes falle, und die in manchen Familien ohne erweisliche ausdrückliche Festsetzung geltende eigenthümliche Stammgutserbfolge oder Apanagirungsweise, die nur einen Theil des gesammten Stammgutsverhältnisses ausmache, welches ja auf dem „in fortgesetzter Uebung stillschweigend offenbarten Willen der Vorfahren" ebensogut beruhen könne, wie auf einem einzelnen ausdrücklichen Rechtsgeschäfte. — Hinsichtlich der Gemeinden erkennt sodann Hr. G. an, daß dieselben vordem in Deutschland „eine wirkliche gesetzgebende Gewalt" ausübten; „in der Bestätigung der städtischen Statuten durch den Landesherrn war in der Regel die ganze Bethätigung des Staats an der Rechtserzeugung der Gemeinde ausgesprochen." Seit dem 16ten Jahrhundert habe sich aber dieser Zustand durch die Erstarkung der Landeshoheit allmählich geändert, und „die gesetzgebende Gewalt des Staats duldete fortan keine andere neben sich;" „sonach muß der Gemeinde heutzutage die Autonomie als rechtserzeugende Gewalt durchaus abgesprochen werden," und was man heutzutage als Autonomie der Gemeinden bezeichne, sey lediglich eine größere Freiheit der Selbstverwaltung. Dasselbe gelte von der sog. Autonomie der Capitel und religiösen Genossenschaften; von einer rechtserzeugenden Kraft der Privatcorporationen und Genossenschaften aber könne vollends nicht die Rede seyn, vielmehr seyen die Beschlüsse der

berechtigten Organe über deren Organisation und Verwaltung „durchaus keine Acte der Rechtserzeugung, sondern lediglich Rechtsgeschäfte," und weder die Ausdehnung ihrer Wirksamkeit „auf eine unbestimmte Zukunft und auf eine unbestimmte Zahl von Subjecten," noch auch ihre Feststellung durch Majoritätsbeschlüsse vermöge hieran etwas zu ändern. Die Anwendung des Ausdrucks Statut auf die allgemeinen Urkunden über die Gesammtheit der Rechtsverhältnisse solcher Verbindungen, und deren imperativische Form dürfe nicht verleiten, in denselben Gesetze zu suchen, und „die Befugniß Statuten zu machen zu einem eigenen Begriffe zu erheben;" es sey hier eben nur eine äußere Aehnlichkeit mit Gesetzen vorhanden, in der That aber lediglich „eine systematische Composition einer Menge unter einander sehr verschiedenartiger juristischer Erklärungen über ein complicirtes Rechtsverhältniß" gegeben. — Endlich spreche man auch mit Unrecht von einer Autonomie der Behörden. Die Amtsthätigkeit von solchen als von Organen des Staats könne damit nicht bezeichnet seyn wollen; der Gerichtsgebrauch, in welchem entweder ein wirkliches Gewohnheitsrecht, oder das Ergebniß einer rationell juristischen Thätigkeit des Gerichtes, also ein Juristenrecht vorliege, sey ebensowenig hieher zu rechnen, auch wenn das positive Recht den Präjudicien eine weitergehende Wirksamkeit beilegen sollte. So weit aber der sog. stylus curiae in Frage sey, handle es sich nur um ein die regelmäßige äußere Ordnung der Thätigkeit einer Behörde feststellendes Geschäftsregulativ, also um administrative Acte und Anordnungen, die dem Rechtsgebiete überhaupt nicht angehören, nicht um Rechtssätze. Mit dem Eingangs bereits angeführten, der Autonomie alle Existenz absprechenden Satze schließt der Hr. Verfasser seine Abhandlung.

Offen gestanden, in der ganzen Deduction des Hrn. Verf. scheint selbst etwas zu viel „flüssige Substanz" enthalten, und ein vorläufiger „Formulirungsproceß" absolut nothwendig zu seyn, wenn auf eine Erörterung ihrer Stichhaltigkeit eingegangen werden soll. Dabei erscheint räthlich, die verschiedenen Zeiten etwas schärfer auseinanderzuhalten, und die Stellung der Gemeinden und sonstigen Corporationen gegenüber der des Adels etwas weniger zurücktreten zu lassen, als Hr. G. dieß gethan hat.

Betrachtet man aber zunächst die Zeit vor der Reception des

römischen Rechts, so ist es natürlich durchaus richtig, nur freilich nicht eben neu, wenn Hr G. das deutsche Recht jener Zeit als ein größtentheils ungeschriebenes bezeichnet. Die innige Verbindung des Rechts mit der Sitte, dessen vorzugsweises Hervortreten in einzelnen freien Handlungen, ist damit von selbst ausgesprochen, und ebenso das Fehlen jedes Zuges nach Formulirung des Rechts, wenn man anderseits hierunter nur so viel verstehen will, daß einerseits das Bedürfniß nach legislativer Feststellung des Rechts dem deutschen Mittelalter fern gelegen habe, und andererseits das Rechtsgefühl im Volke ein unbewußtes gewesen und noch nicht zum Nachdenken über sich selbst gekommen sey; in allen diesen Sätzen ist nichts gesagt, was nicht von jeder vorzugweise gewohnheitsrechtlichen Rechtsbildung zu gelten hätte. Wenn aber der Hr. Verf. weiter gehen und behaupten will, daß es dem älteren deutschen Rechte an festen, wenn auch dem Volke selbst noch nicht zu klarem Bewußtseyn gekommenen Rechtssätzen überhaupt gefehlt habe, daß demselben insbesondere der Unterschied zwischen Recht und Sitte, wenn auch als ein unbewußter, fremd gewesen sey, so muß gegen eine solche Behauptung der entschiedenste Widerspruch eingelegt werden. Wie in der älteren Sprache oder in den modernen Volksmundarten die strengste Regel waltet, obwohl sie vom Volke nur unbewußt gehandhabt, nicht zu klarer Erkenntniß ihrer selbst gebracht wird, so ist auch im Gewohnheitsrechte überhaupt und in dem des deutschen Mittelalters insbesondere die Festigkeit der einzelnen Rechtssätze darum nicht minder vorhanden, weil ihnen unbewußt und ohne Reflexion über ihre Existenz und Fassung nachgelebt wird. Eine gegentheilige Annahme würde den Begriff des Gewohnheitsrechtes selbst aufheben, dessen wesentliches Merkmal ja gerade in der Unmittelbarkeit und Unbewußtheit des Rechtsgefühles zu suchen ist. Haben wir Hrn. G's. Worte, was bei deren völlig unpräciser Fassung allerdings problematisch bleibt, richtig aufgefaßt, so behauptet derselbe ferner, worauf auch bereits frühere Aeußerungen desselben hinweisen, [1]) daß die ältere deutsche Rechtsordnung mit der Mannichfaltigkeit der thatsächlichen Zustände im Privatverkehr in keiner wesentlichen Verbindung stehe, und

[1]) Vgl. z. B. §. 72 und 73 seines Systems des deutschen Privatrechts, und die Vorrede zur zweiten Auflage dieses Werkes.

daß demnach nicht etwa bestimmten thatsächlichen Verhältnissen bestimmte Rechtsinstitute entsprechen, sondern vielmehr das Recht nur allgemeine Formen aufstelle, in welche willkürlich jeder beliebige thatsächliche Inhalt gegossen werden könne. Einer solchen Auffassung des Verhältnisses zwischen der Rechtsordnung und dem thatsächlichen Leben kann indessen nicht entschieden genug entgegengetreten werden; sie muß nicht nur als unanwendbar auf die Zustände des deutschen Mittelalters, sondern als unter allen und jeden Umständen unzuläßig bezeichnet werden. Daß das Recht zur Regelung der thatsächlichen Verhältnisse bestimmt ist, kann zu keiner Zeit, am wenigsten aber in einer Zeit ohne Wirkung bleiben da das Recht mit der Sitte noch „innig verbunden" ist; ebendarum kann, zumal bei naturwüchsiger Entstehung und Fortbildung des Rechts, seine Gestaltung unmöglich von der Gestaltung der thatsächlichen Zustände unabhängig vor sich gehen. Die Verschiedenheit der zu regelnden thatsächlichen Verhältnisse muß sich nothwendig in einer Verschiedenheit der ihrer Regelung bestimmten Rechtsnormen widerspiegeln, der Gruppirung der materiellen Lebensverhältnisse eine ähnliche Gruppirung der sie beherrschenden Rechtssätze zu Rechtsinstituten gegenüberstehen, wenn auch die Mannichfaltigkeit der thatsächlichen Erscheinungen unmöglich durch eine gleich reiche Entfaltung von Rechtsregeln erreicht werden kann. Eine ganz andere Frage ist aber freilich die, welche seitens der vielfach verschlungenen thatsächlichen Verhältnisse das einzelne Recht gerade vorzugsweise betont, und damit zu den Trägern seines, zunächst allerdings nur unbewußt waltenden, Systemes erhebt; es kann sehr wohl vorkommen, daß das eine Recht Momente scharf hervorhebt, und von ihnen aus seine obersten Grundbegriffe bildet, welchen das andere nur eine untergeordnetere Bedeutung beizulegen geneigt ist, und nicht nur die Verschiedenheit der zeitlichen Entwickelungsstufen, sondern auch Verschiedenheiten der nationellen Grundanschauungen können jene abweichenden Gestaltungen der verschiedenen Rechtssysteme bedingen. Gerade in der Nichtbeachtung dieses letzteren Umstandes dürfte nun aber die Wurzel jener verkehrten Auffassung des Hrn. Verfassers zu suchen seyn. Hr. G. scheint nämlich ohneweiters von der Ansicht auszugehen, daß das röm. Recht nicht etwa bloß, was niemand bezweifelt, ein eminent vernünftiges, sondern daß dasselbe geradezu das allein

vernünftige sey; findet er im einheimischen Rechte die aus dem Corpus juris und der neueren romanistischen Litteratur ihm geläufigen Rechtsbegriffe und Rechtsinstitute nicht wieder, so nimmt er keinen Anstand, jenem kurzweg Rechtsbegriffe und Rechtsinstitute abzusprechen, ohne zu bedenken, daß er damit unsere Rechtswissenschaft wieder völlig auf den Standpunkt eines Peter von Andlau oder eines Fuchsberger zurückversetzt. So will derselbe z. B. in der Entwickelung der Gutsverhältnisse des deutschen Adels und Bauernstandes nur „wenig Begriffliches und Regelmäßiges," vielmehr durchaus nur „das Product freier That und Anordnung" erblicken. Wir finden umgekehrt gerade in jenen Besitzverhältnissen eine sehr feste, wenn auch in den mannichfachsten und individuellsten Gestaltungen sich aussprechende Regel; in gar manchen Beziehungen können wir freilich diese Regel aus dem Reichthume der verwickeltsten Detailbildungen mehr nur herausfühlen, als in denselben klar nachweisen; auch in solchen Fällen aber ist dieselbe darum nicht minder vorhanden, und ist es die, allerdings beschwerliche, Aufgabe der Wissenschaft, derselben nachzuspüren und sie zu Tage zu fördern, nicht aber sie von vornherein rundweg abzuläugnen. Gar manches Unerklärte hat sich durch redliche Quellenforschung bereits aufgeklärt, und die Aufklärung von anderem wartet nur des künftigen Forschers; einstweilen hüte man sich, Erscheinungen, welche der einzelne Germanist oder selbst die Gesammtheit aller derzeitigen Germanisten nicht begreift, sofort für unbegreiflich oder gar für nicht begrifflich zu erklären! — Dieß vorausgeschickt, wird sich die Bedeutung der einzelnen im Rechtsverkehr wirksamen Handlungen und der auf diese bezüglichen Urkunden leicht bestimmen lassen. Zunächst ist klar, daß die Handlungen der Privaten, in der diesen rechtlich gestatteten Freiheit wurzelnd, nie weiter reichen können, als diese Freiheit selbst; dieselben können demnach nie Rechtssätze erzeugen, sondern immer nur subjective Befugnisse und Verpflichtungen. Soweit das einzelne Recht die Voraussetzungen und Wirkungen solcher Handlungen vollständig normirt, erscheint deren Vornahme als eine bloße Anwendung des Rechts; aber auch da, wo das Recht der Privatdisposition des Individuums einen weiteren Spielraum läßt, sind wenigstens die Gränzen des der Privatwillkür eingeräumten Gebietes jederzeit durch Rechtssätze gezogen, und erzeugt deren Uebung immer nur subjective Rechte, nie aber

objectives Recht. Ob dabei die Dispositionsbefugniß des Privaten und insbesondere des freien Grundeigenthümers nach unserem älteren Rechte eine beschränktere oder weniger beschränkte gewesen sey als in der Gegenwart, ist von sehr untergeordneter Bedeutung; das ältere Recht mochte der Beweglichkeit des Privatverkehrs in manchen Beziehungen engere, in anderen weitere Fesseln anlegen, immer bleibt das Verhältniß der Privatdisposition zur Rechtsvorschrift dasselbe. Nur nebenbei mag darum bemerkt werden, daß es gegenüber der Gebundenheit des älteren Grundbesitzes, der Unbekanntschaft mit letztwilligen Verfügungen, dem ausgedehnten Eingreifen des Gemeindeverbandes in alle Grundbesitzverhältnisse u. dgl. m. denn doch etwas parador klingt, wenn so ganz allgemein von den größeren Dispositionsbefugnissen des deutschen Grundeigenthümers gesprochen wird! Wenn insoweit das Verhältniß der einzelnen Handlungen zu den Rechtsvorschriften das gleiche bleibt, mögen diese letzteren nun gesetzliches oder Gewohnheitsrecht seyn, so ergibt sich aber nach einer andern Seite hin allerdings eine besondere Bedeutung jener ersteren für dieses letztere. Einmal insoferne, als sich in dem übereinstimmenden Handeln zahlreicher Personen das sie beherrschende Gewohnheitsrecht zu erkennen gibt; dann aber auch insoferne, als sich in der That, was von Puchta übersehen, neuerdings aber von Beseler, Bluntschli u. a. mit Recht wieder hervorgehoben wurde, erst in der Gewohnheit das Gewohnheitsrecht als solches firirt. Dabei muß indessen wohl bemerkt werden, daß solche Bedeutung eben nur der Gewohnheit, nicht aber dem einzelnen Rechtsgeschäft zukomme, welches, mit anderen ähnlichen gehäuft, allenfalls eine solche erkennen läßt, und daß dieselbe demnach auch völlig unabhängig steht von der Willkür des einzelnen Privaten. Hrn. G's. Behauptung, daß der Inhalt der einzelnen Rechtshandlungen ein unjuristischer sey, und erst durch die Firirung in einem einzelnen urkundlichen Rechtsgeschäfte seine juristische Form gewinne, muß hiernach als völlig schief bezeichnet werden, und überhaupt leidet seine ganze hieher gehörige Darstellung an einem durchgreifenden Mangel an Klarheit der Anschauung; einerseits sollen die einzelnen Handlungen und Dispositionen der Privaten als Rechtsgeschäfte gelten, und somit nur das geltende Recht zur Anwendung bringen, andererseits aber sollen sie wieder nicht „die Natur der Ausführung eines bestehenden

und der willkürlichen Gestaltung entzogenen Rechtsinstituts" haben, und ihre Gleichförmigkeit soll nicht auf der „Gemeinsamkeit eines entwickelten Rechtsbewußtseyns" beruhen, was doch der Fall seyn müßte, wenn in ihnen wirklich nur eine Anwendung des bereits geltenden Rechtes zu finden wäre. Den höchsten Grad erreicht aber diese Begriffsverwirrung dadurch, daß Hr. G. auch noch den hohen Werth der Urkunden für die Erforschung des mittelalterlichen Rechts hier zur Sprache bringen zu sollen glaubt. Wenn jedes Gewohnheitsrecht, und somit auch das des deutschen Mittelalters, vorzugsweise aus seiner Uebung erkannt wird, so müssen natürlich Documente, welche über einzelne Uebungsfälle Aufschluß geben, für dessen Erkenntniß den höchsten Werth haben; daraus wird aber nicht gefolgert werden dürfen, daß denselben eine andere Bedeutung als die eines Beweismittels, daß ihnen ein unmittelbarer Einfluß auf die Gestaltung der Rechtssätze selbst zugekommen sey. Zwischen den Rechtsquellen im eigentlichen Sinne und den bloßen Erkenntnißquellen des Rechts muß hier wie anderwärts wohl unterschieden werden, und die Bedeutung des einzelnen Rechtsgeschäftes sammt der auf dasselbe bezüglichen Urkunde für die aus jenem entspringenden privatlichen Befugnisse und Obliegenheiten darf man nicht verwechseln mit dessen Bedeutung für die Erkenntniß des in gehäuften Rechtsgeschäften und Urkunden sich aussprechenden Gewohnheitsrechtes!

In allem Bisherigen war nun in der That von einer Autonomie als einer besonderen Rechtsquelle nichts zu verspüren, und es möchte demnach fast scheinen, als ob der Satz, wenn auch nicht die Schlußfolgerung des Hrn. Verf. zugestanden werden wollte. Dieß ist indessen keineswegs der Fall. Bereits auf dem Gebiet des Gewohnheitsrechts bemerken wir vielmehr im deutschen Mittelalter einen sehr lebhaften Trieb nach Individualisirung des Rechts, dessen freieste Entfaltung freilich das Walten einer gemeinsamen Grundregel keineswegs ausschließt, vielmehr von dieser nicht nur Maß und Schranke, sondern auch Gang und Richtung angewiesen erhält. Die Erscheinung ist eine jeder gewohnheitsrechtlichen Entwickelung gemeinsame. Wie nämlich das Volk seine Volksthümlichkeit überhaupt nicht als eine abstracte zeigt, sondern, seiner Gliederung in engere Stammeinheiten oder auch in sonstige organische Verbindungen entsprechend, in der concretesten Mannich-

faltigkeit zur äußeren Erscheinung bringt, so tritt auch das mit der Nationalität so innig zusammenhängende Gewohnheitsrecht immer nur als ein mannichfach gegliedertes und verzweigtes auf; die einzelnen Stämme des Gesammtvolkes, die einzelnen Stände, Gemeinden, Genossenschaften und allenfalls sogar Familien, dann wieder die einzelnen Lehen-, Grund-, Dienst- und Leibherrschaften erscheinen als Träger und Fortbilder des gemeinsamen Rechtes, dem sie je eine ihnen entsprechende individuelle Färbung geben, mit welcher Mannichfaltigkeit aber freilich die principielle Einheit des Rechts sehr wohl vereinbar ist. Der Gliederung des Volksorganismus entsprechend, ergibt sich demnach eine Gliederung der Rechtsnormen, deren einheitliche Principien darum nicht minder vorhanden sind, daß ihre Erkenntniß nur durch Abstraction gewonnen wird, und deren Bestand keineswegs von der Willkür der Individuen abhängig ist. Eigenthümliche äußere Verhältnisse und Bedürfnisse solcher Abtheilungen des Volksganzen können ihrem Herkommen unter Umständen eine so eigenthümliche Gestalt verleihen, daß in demselben kaum mehr eine bloße Umgestaltung des gemeinen Landrechts zu erkennen ist; auch derartige in engeren Kreisen erwachsene besondere Gewohnheiten lassen sich indessen von dem gemeinen Gewohnheitsrechte darum nicht wohl scheiden, weil dieselben geschichtlich jederzeit auf diesem fußen, und weil im Bewußtseyn ihrer Träger selbst eine solche Gränze zu keiner Zeit scharf gezogen ist. Bezeichnet man, wie sich denn der neuere Sprachgebrauch dahin zu neigen scheint, solche besondere Gewohnheiten als Observanzen, so ist das Vorkommen dieser letzteren im älteren deutschen Rechte nicht zu läugnen; faßt man den Ausdruck Autonomie so weit, daß derselbe nicht bloß das Recht der Selbstgesetzgebung, sondern das Recht jeder Rechtserzeugung durch engere Verbindungen im Staate begreift, so steht fest, daß auf jenem unbewußten Wege wenigstens von Anfang an Autonomie in Deutschland geübt wurde. Die praktische Schwierigkeit einer scharfen Unterscheidung zwischen der eigentlichen Observanz und der bloßen individualisirten Erscheinung eines Gewohnheitsrechtes im engeren Sinne läßt es inzwischen räthlicher erscheinen, mit Beseler u. a. den ganzen Gegensatz fallen zu lassen, die Observanz lediglich als eine Art des Gewohnheitsrechtes zu behandeln, und den Begriff der Autonomie auf das Bereich des gesetzlichen Rechtes

zu beschränken.[1]) — Sodann aber ist auch noch die weitere Thatsache zu beachten, und Hrn. G. gegenüber nachdrücklich zu betonen, daß, wenn auch der Gang der Rechtsbildung in Deutschland vorwiegend ein gewohnheitsrechtlicher war, doch daneben jederzeit auch die Gesetzgebung in einigem Umfange thätig wurde; daß ferner diese gesetzgeberische Thätigkeit nicht etwa bloß vom Reiche im Ganzen, sondern auch, und zwar sehr verwiegend, von engeren genossenschaftlichen und herrschaftlichen Verbindungen innerhalb desselben ausgieng. So findet man längst vor der Reception des römischen Rechts neben den Reichsgesetzen auch Territorialgesetze, und schon zu Anfang des 13ten Jahrhunderts stand der Satz reichsgesetzlich fest, daß der dominus terrae mit dem consensus der majores et meliores terrae constitutiones vel nova jura facere dürfe;[2]) nach freier Willkür setzen sich nicht minder die friesischen Landschaften ihr eigenes Recht. Stadtrechte werden nicht nur vom Kaiser oder Landesherrn verliehen, sondern auch oft genug von der Stadtobrigkeit selbst frei gewillkürt, wie denn z. B. schon das älteste Recht von Soest, aus dem Anfange des 12ten Jahrhunderts eine electa justitia, ein gekorenes und geprüftes Recht ist,[3]) und nicht selten wird von der Stadtherrschaft der Bürgerschaft geradezu das Recht verbrieft, sich selbst das eigene Recht zu setzen.[4]) In gleicher Weise geben die Dienstherren ihren

---

[1]) Gegentheilig verfährt u. a. Maurenbrecher, Lehrb. des gesammten heutigen gemeinen Privatrechts, I. S. 177 (2te Ausg.)

[2]) Henrici II. diplom. a. 1231 (Pertz, IV, 283).

[3]) Bei Seibertz, Urkundenbuch zur Landes- und Rechtsgeschichte des Herzogthums Westfalen, I, 48—9.

[4]) So gewährt der Kaiser den Bürgern von Aachen das Recht, ut inter se constitutiones necessarias et utiles constituere valeant, et eas, dum voluerint, revocare, Urk. Rudolfs I von 1273, bei Quix, Cod. dipl. Aquensis. I, 2, 140; — die Grafen von Holstein verleihen denen von Hamburg jus tale, quod vulgo kore dicitur, d. h. statuta mandare et edicta promulgare secundum beneplacitum eorum, pro utilitate et necessitate civitatis predicte ac eorumdem, et revocare eadem, quociescunque et quandocunque ipsis visum fuerit expedire, Urk. von 1292, bei Lappenberg, Hamburgisches Urkundenbuch, I, 722; — von den 24 Rathmannen in Freiburg i. Br. wird gesagt: „sü mugen ouch machen reht und einunge, und ouch wandeln als sü dunket, daß es der stette rehte kome, ane des Herren reht, dü emungen si nüt

Dienstmannen Recht, [1]) oder es geschieht dieß auch wohl consilio curiae et consensu communi ipsorum ministerialium; [2]) Hofrechte werden von dem Hofherrn gegeben, allenfalls cum consilio cleri et militum et totius familiae, [3]) oder die Herrschaft wählt aus ihren Gemeinden Leute aus, damit diese deren Rechte und Pflichten auf ihren Eid niederschreiben, [4]) u. dgl. m. Ebenso ist bekannt, daß auch die Gilden sich selbst ihr Recht zu setzen pflegten, und daß die Verbote, welche hiegegen gerichtet wurden, theils nur politische Motive verfolgten, theils auch nicht durchdrangen; sehr frühe Beispiele derartiger Willküren hat neuerdings aus angelsächsischen Quellen Kemble gesammelt, wie früher Wilda aus dänischen. Allerdings läßt sich nicht läugnen, daß derartige Willküren theilweise nur Bestimmungen über subjective Befugnisse enthalten, also nur bestehendes Recht anwenden, nicht neues schaffen; daß dieselben ferner großentheils nur geltendes Gewohnheitsrecht aufzeichnen, nicht willkürlich neues Recht setzen. Aber neben der Regelung der subjectiven Rechte enthalten dieselben zumeist eben doch auch objectives Recht, und die Aufzeichnung des Herkommens trägt, soferne ihr officielle Geltung beigelegt ist, wenigstens formell, den Charakter einer wahren Gesetzgebung; in sehr vielen Fällen ist überdieß das Recht der einzelnen Verbindung, Rechtssätze zu schaffen und abzuschaffen, ganz ausdrücklich anerkannt. Daß in der Abfassung solcher Willküren Autonomie im Sinne einer wahren Selbstgesetzgebung geübt wurde, ist demnach klar; wenn bei deren Erlassung seitens der Städte oder anderer Communen gerne die Bestätigung des Kaisers oder des Landesherrn eingeholt zu werden pflegte, so wollte

---

verwandeln ane sinen willen," Urk. von 1293, bei Schreiber, Urkundenbuch der Stadt Freiburg im Breisgau, I, 1,133, u. dgl. m. Man vgl. noch etwa, was Warnkönig, Flandrische Staats- und Rechtsgeschichte, I, 387 u. s. w. von den Keuren bemerkt.

[1]) Wie z. B. Graf Otto von Teklenburg; siehe Freih. von Fürth, die Ministerialen, 528—32.

[2]) So in Hennegau; ebenda, 533.

[3]) So z. B. Burkhard's Statuta familiae Scti. Petri, bei Walter, Corpus jur. Germ. III, 775.

[4]) Ein frühes Beispiel bietet das Andlauer Hofrecht von 1284, bei J. Grimm, Weisthümer, I, 822.

damit nicht etwa erst dem Statute rechtsverbindliche Kraft verschafft, sondern nur ein formelles Anerkenntniß, daß durch dasselbe die Rechte des Herrn nicht verletzt seyen, und allenfalls eine Garantie gegen anderweitige Anfechtungen desselben gewonnen werden. Daß übrigens durch die Uebung solcher Autonomie fremde Rechte nicht gekränkt werden durften, verstünde sich von selbst, auch wenn ein besonderer Vorbehalt deßfalls nicht gemacht wäre; [1]) ebenso, daß die der Autonomie gezogenen Gränzen selbst wieder durch das Recht eines höheren, das autonome Gebiet umfassenden Rechtsgebietes bestimmt wurden. Wie die Befugniß des Individuums, seine eigenen Rechtsverhältnisse nach Willkür zu ordnen, aus seiner Freiheit fließt, so die Befugniß der öffentlichen Verbindungen, die ihrigen beliebig zu regeln, aus ihrer Freiheit; wie dort das Recht überhaupt, so setzt hier das Recht übergeordneter Vereine jener Freiheit ihre Schranken, während solche zugleich beidemale durch die wohlerworbenen Rechte anderer Individuen oder Vereine gezogen sind. Daß sich aber die rechtliche Freiheit des Individuums in der Erzeugung subjectiver Befugnisse, die rechtliche Freiheit der öffentlichen Gesellschaften wenigstens möglicherweise auch in der Erzeugung objectiver Rechtsregeln äußert, liegt eben in der verschiedenen Stellung dieser und jener nothwenig begründet.

Folgt man nun Hrn. G. in die spätere Zeit herab, so wird es vor allem nothwendig, die Wirkungen der Reception des römischen Rechts etwas schärfer ins Auge zu fassen. Zunächst hat diese den früheren Rechtszuständen gegenüber offenbar eine doppelte Bedeutung: einmal nämlich setzt dieselbe ein geschriebenes Recht an die Stelle des bisher vorwiegenden Gewohnheitsrechtes, und ändert somit den formalen Gang der Rechtsbildung; — sodann aber bringt dieselbe anstatt des einheimischen ein nationell fremdes Recht zur Herrschaft, und ändert hiedurch auch den materiellen Inhalt der Rechtsordnung in Deutschland. Die eine

---

[1]) Vgl. indessen z. B. K. Albrechts Landfrieden von 1303, §. 38, (Pertz, IV, 483): Von satzung machen. Wir wellen auch und gepieten vestiglich, das kain stat kain sazung mach oder mit kainen sachen die dem reich schedlich sein in kainem seinem rechten oder irem herren des die stat ist.

wie die andere Wirkung der Reception, deren erstere doch von Hrn. G. ausschließlich beachtet wird, äußert ihren Einfluß auf die vorliegende Frage; von weit unmittelbarerer Bedeutung für dieselbe scheint indessen ein drittes Moment zu seyn, welches, ohne mit Nothwendigkeit aus der Thatsache der Reception zu folgen, doch mit dieser im engsten Zusammenhange steht; — die dem Gewohnheitsrechte sowohl als der Autonomie sehr feindselige Theorie des fortan so wichtigen Juristenstandes. Theils die Gewöhnung, den geschriebenen kaiserlichen und päpstlichen Rechten gegenüber alles andere Recht als ein abnormes zu betrachten, theils aber, und hauptsächlich, die Einwirkung des centralisirenden und despotischen Grundzuges, welcher die Verfassung des späteren Römerreiches sowohl wie die der päpstlichen Kirche beherrschte, und darum im römischen wie im canonischen Rechte aller Orts zu Tage tritt, hatte bereits die italienischen Glossatoren unfähig gemacht, irgend welche nicht von oben herab gemachte Rechtsentwicklung zu begreifen oder anzuerkennen. In ihrer Schule aber waren die Doctoren aufgewachsen, welche später den Kampf für die Einführung des römischen Rechtes in Deutschland unternommen, und bei diesen verband sich mit jenen verkehrten Grundanschauungen noch die bekannte Gehässigkeit und Verachtung gegen das einheimische Recht, welche die praktische Bedeutung jenes theoretischen Irrthumes nicht wenig erschwerte. Der gesammten politischen Lage des deutschen Reiches gegenüber konnte man allerdings nicht umhin anzuerkennen, daß eine Reihe von engeren Verbindungen, z. B. die ganze Classe der Reichsstände, innerhalb desselben das Recht der Selbstgesetzgebung übte; man glaubte aber dieses Recht auf eine besondere Verleihung seitens des obersten Gesetzgebers stützen, und somit die Kraft aller Statuten mittelbar aus der obersten Quelle der staatlichen Gesetzgebung ableiten zu müssen, und man unterschied nunmehr zwischen solchen Subjecten, welchen ein für allemal das jus condendi statuta verliehen, und anderen, bei denen dieß nicht der Fall sey, bei denen also jedes einzelne Statut einzeln von der gesetzgebenden Gewalt im Staate bestätigt werden müsse, um rechtliche Verbindlichkeit zu gewinnen. In ähnlicher Weise glaubte man ferner auch die Gültigkeit des Gewohnheitsrechtes auf den Willen des Gesetzgebers zurückführen zu sollen, und forderte für consuetudines generales dessen Sanction,

für consuetudines particulares aber wenigstens dessen Nichtwiderspruch, wenn auch nicht dessen positives Wissen; es wurde auch wohl die Theorie des Gewohnheitsrechtes mit der Lehre von den Statuten in Zusammenhang gebracht, indem man das erstere auf einen stillschweigenden Beschluß zurückführte, und demnach statuta scripta und non scripta oder usu tantum adprobata unterschied. In Folge der über den Unterschied zwischen der Rechtserzeugung und der Rechtsanwendung durchgehends herrschenden Unklarheit glaubte man überdieß auch die erstere jederzeit auf den, ausdrücklichen oder stillschweigenden, Willen einzelner Individuen als solcher zurückführen zu sollen, und wandte demnach auf das statutarische Recht unbedenklich die Lehre vom Vertrag, auf das Gewohnheitsrecht allenfalls die Lehre von der Verjährung an. Dazu kam noch, daß man, ausgehend von der vermeintlichen Abnormität jeder nicht durch die Staatsgewalt vermittelten Rechtserzeugung, alles statutarische und Gewohnheitsrecht strictissime interpretiren zu müssen glaubte; daß man, weil das Gewohnheitsrecht facti, nicht juris sey, jedem, der sich auf solches bezog, den Beweis seiner Gültigkeit auflegte, u. dgl. m. Den im deutschen Reiche einmal bestehenden Rechtszuständen ließ sich nun freilich durch diese Theorien nicht mit einemmale ein Ende machen; mit der Zeit aber mußten dieselben durch diese indessen doch untergraben, und soweit irgend möglich beseitigt werden. Zunächst ergab sich, da das einheimische Recht größtentheils auf dem Wege der Gewohnheit überliefert und fortgebildet worden war, jener die Praxis der Gerichte beherrschenden Theorie gegenüber das Bedürfniß einer officiellen Aufzeichnung des geltenden Rechts, wenn man dessen materielle Grundsätze nicht völlig außer Gebrauch kommen lassen wollte; und theils aus dieser Rücksicht, theils freilich auch aus der von innen heraus sich bereits entwickelnden Neigung zur schriftlichen Feststellung des Rechts erklärt sich die seit dem vierzehnten Jahrhundert immer mehr anschwellende Masse von Rechtsaufzeichnungen der verschiedensten Art. Das Gewohnheitsrecht der engeren und weiteren Kreise des Volks fand dagegen seinerseits in den Gerichten nur sehr beschränkte Anerkennung; völlig unterdrückt konnte dasselbe freilich nicht werden, da es in der außergerichtlichen Uebung durch die Zähigkeit des Volks dem unnational gewordenen Juristenstande gegenüber gehalten wurde, und in dem

Herkommen der Gerichte selbst fand dasselbe sogar bald wieder eine neue, wenn auch freilich nur sehr beiläufig nationale Anwendung. Für die statutarische Gesetzgebung aber ergab sich aus jenen Theorien, obwohl dieselbe durch jenes Bedürfniß der Aufzeichnung des Rechts zunächst einen nicht unbedeutenden Aufschwung nahm, eine nicht minder weitgreifende Beschränkung. Von Anfang an hatte man sie nur da zugelassen, wo sie unzweifelhaft hergebracht oder vollends urkundlich zugestanden war, und die neue Deutung der ursprünglich in ganz anderem Sinne üblichen kaiserlichen oder landesherrlichen Bestätigungen mußte jeder willkürlichen Beschränkung derselben den Weg bahnen; die bis in den Anfang des gegenwärtigen Jahrhunderts theils nothwendiger, theils aber auch übertriebener Weise fortwährend sich steigernde Sucht nach Centralisation, nicht zwar im Reiche, aber doch in den einzelnen Territorien, führte bekanntlich Schritt vor Schritt vielfach zur Vernichtung, fast allenthalben wenigstens zur drückendsten Beschränkung der Selbständigkeit der einzelnen Gemeinden und sonstigen Vereine, welche sich begreiflich in Bezug auf die ihnen zustehende Selbstgesetzgebung ganz vorzugsweise geltend machen mußte. Doch läßt sich trotz dieses Ganges der Dinge selbst für die zweite Hälfte des vorigen Jahrhunderts im allgemeinen ebensowenig von einer völligen Unterdrückung der statutarischen Gesetzgebung als von einer gänzlichen Beseitigung alles Gewohnheitsrechtes sprechen; ein merkwürdiges Beispiel ausgedehntester Uebung der ersteren bietet das Stadtrecht, welches im Jahre 1757 die Stadt Rostock sich selbst gab. [1])

Einen ganz eigenthümlichen Gang nimmt inzwischen die Fortbildung des Rechts beim hohen Adel. Bis zur Reception des römischen Rechts war sein Recht wesentlich das gemeine Landrecht gewesen, wie solchem auch der Bauernstand nachgelebt hatte, und nur in einzelnen Beziehungen hatten einzelne Sätze des Reichstaatsrechtes ein anderes mit sich gebracht. Dabei war sein Recht allerdings, wie fast alles Recht in Deutschland, vorzugsweise ein gewohnheitliches gewesen, und darum vielfach individuell verschie-

---

[1]) Vgl. von Kamptz, Handbuch des mecklenburgischen Civilrechts, S. 39.

den ausgeprägt, und den nach Ort und Zeit wechselnden Bedürfnissen gegenüber schmiegsam; dennoch aber scheint es durchaus unzulässig, den Widerstand des Adels gegen die neue Wendung der Dinge mit dem Hrn. Verf. auf die Aenderung in der Art der Rechtsbildung zurückzuführen. Einer Codification des einheimischen Rechts hätte der deutsche Adel mit ziemlicher Ruhe zusehen können, wie sich denn auch keine Spur von einer Opposition desselben gegen das steigende Ansehen der deutschen Rechtsbücher zeigt; [1]) die specifisch römischen Institute des Sachenrechts, und zumal des Familien- und Erbrechts, die Lehre von den Testamenten und der Intestaterbfolge, die Gestattung der freien Verfügung über liegende Güter und somit auch über Land und Leute u. dergl. m., drohten dagegen seine ganze politische Stellung zu untergraben, und sie mußten darum dessen entschiedensten Widerspruch hervorrufen. Mit einem Worte: nicht um den formalen Charakter der Rechtsbildung mußte es sich zunächst für den Adel handeln, sondern um die Erhaltung der materiellen Normen des angestammten gegenüber den für ihn politisch gefährlichen Sätzen des fremden Rechts. Neben der Reception des römischen Rechts machte sich ferner, was Hr. G. freilich völlig außer Acht gelassen hat, ungefähr gleichzeitig noch ein weiterer Umstand geltend, der, in ähnlicher Richtung wirkend, der Fortbildung des Adelsrechtes eine eigenthümliche Wendung zu geben geeignet war. Durch den ursprünglichen Amtscharakter der Grafschaften und Herzogthümer, dann auch durch die positiven Regeln des deutschen Lehnrechts war die einheitliche Succession in die Territorien wesentlich gesichert gewesen, mochte nun, wie dieß im allgemeinen bei Lehen üblich war, [2]) die Bestimmung des Suc-

---

[1]) Trugen doch im Jahre 1653 einzelne Häuser geradezu auf die Errichtung eines allgemeinen Primogeniturgesetzes für die hochadeligen Häuser an (Pütter, Erörterungen und Beyspiele des Teutschen Staats- und Fürstenrechts, I, 143, not.); und wenn der Antrag auch abgelehnt wurde, um nicht andern Häuser zu präjudiciren, so zeigt doch die Thatsache daß er überhaupt gestellt werden konnte, daß die Rücksicht auf größere Dispositionsfreiheit in Ordnung der Angelegenheiten des einzelnen Hauses wenigstens nicht die vorwiegende Triebfeder bei dem Widerstand des Adels gegen das fremde Recht war.

[2]) Vgl. Homeyer, System des Lehnrechts, S. 455—6, u. 882—3.

cedirenden den Betheiligten und eventuell dem Lehnsherrn zustehen, oder dem älteren Sohne ein Vorzug vor dem jüngeren eingeräumt werden, [1]) oder endlich dem Vater das Recht der Wahl unter seinen Söhnen verstattet seyn; [2]) die größeren Territorien zumal waren hiedurch ziemlich gegen Zersplitterung geschützt gewesen. Seit dem Ende des 13ten Jahrhunderts beginnt nun aber die Individualsuccession, wie dieß in den kleineren Territorien schon früher der Fall gewesen war, auch in den größeren allmählich dem Princip der gleichen Theilung unter gleich nah Berufenen zu weichen, und bald mußte man sich darüber klar werden, daß die hiedurch bedingte Zerstückelung der Gebiete ebensowohl den Interessen der landesherrlichen Familien als denen ihrer Landesangehörigen Gefahr drohe. Wenn also auf der einen Seite die politischen Bedürfnisse des Adels und der ihm untergebenen Territorien die Wahrung des einheimischen Rechtes gegenüber dem fremden forderten, so entstand andererseits die Nothwendigkeit, im Interesse beider das Privatrecht der regierenden Häuser in der Art umzugestalten, daß dasselbe die früher durch staats- und lehnrechtliche Grundsätze geschützte Einheit der Territorien nunmehr seinerseits zu sichern vermochte. [3]) Nach beiden Seiten hin suchten sich nun die einzelnen adeligen Häuser durch Einigungen ihrer Angehörigen und durch Verzichte derjenigen, welche auf Grund des älteren einheimischen oder auch des römischen Rechtes den erstrebten Grundsätzen zuwiderlaufende Rechte besitzen mochten, sicher zu stellen; andere, mehr vereinzelte Zwecke gaben zu anderen

---

[1]) Vgl. z. B. die Schiedsprüche von 1277 und 1307 in den Erbstreitigkeiten der Wild- und Rheingrafen, dann der Landgrafen im Elsaß, bei Schulze, das Recht der Erstgeburt, S. 110—2; über Savoyen vgl. ebenda, S. 167—8; über Saarbrück, S. 168, u. s. w.

[2]) So in Flandern, nach Lambert. Hersfeld. a. 1071 (Pertz, VII, 180—1.

[3]) Beim niederen Adel machte sich zwar die Rücksicht auf die Erhaltung der Familie und ihres Güterbestandes in ähnlicher Weise geltend, wie beim hohen; sie fand aber bei dessen geringerer Unabhängigkeit und beim Wegfallen der Rücksicht auf die Territorien nicht dieselben festen Stützpunkte, und führte darum, abgesehen von der dem hohen Adel näher stehenden Reichsritterschaft, auch nur zu annähernd vergleichbaren Ergebnissen.

Einigungen, und zwar nicht immer bloß unter den Angehörigen eines und desselben Hauses, Veranlassung, und eine Reihe von Familienverträgen, Unionen, Geschlechtsrecessen, Erbeinigungen, Erbverbrüderungen u. dgl. m. entstand, bestimmt die inneren Verhältnisse der einzelnen adeligen Häuser, oder auch die Verhältnisse verschiedener einzelner Häuser zu einander zu regeln. Aeußerlich tragen alle diese Uebereinkünfte die Gestalt von Rechtsgeschäften, und nach Form wie Inhalt sucht man dabei den Vorschriften des römischen Rechts, dessen Verbindlichkeit für den Adel zunächst noch nicht geläugnet wurde, so weit möglich zu genügen; [1]) nichtsdestoweniger wurden aber in denselben die den Rechtsgeschäften gesetzten Gränzen vielfach überschritten und zwar in zwiefacher Richtung. Einmal nämlich gieng man vielfach, mehr oder weniger unbewußt, bei dem Abschlusse jener Einigungen vom älteren deutschen, anstatt vom nunmehr zur Herrschaft gebrachten römischen Rechte aus, und es liegen demnach in denselben zwar Rechtsgeschäfte vor, aber deutschrechtliche, nicht römischrechtliche; oder man suchte auch wohl an das römische Recht zwar sich enger anzuschließen, aber doch so, daß man ab und zu mit einzelnen Prohibitivsätzen desselben in den bestimmtesten Widerspruch trat. In so weit also ist zwar die vom positiven römischen Rechte, nicht aber die überhaupt und begrifflich den Rechtsgeschäften gezogene Gränze überschritten. Sodann aber stellte der Adel in jenen Einigungen nicht selten auch geradezu Rechtsregeln auf, nach welchen seine Angehörigen in Zukunft leben sollten, sey es nun daß einzelne Institute und Sätze des einheimischen Rechts dem fremden gegenüber festgehalten, oder daß neuen Bedürfnissen entsprechend neue Rechtssätze begründet werden wollten. Damit ist dann begreiflich nicht nur den Vorschriften des römischen Rechts entgegen gehandelt, sondern zugleich über den Bereich der privatrechtlichen Willkür, wie solcher durch die Natur der Sache selbst bestimmt ist, unzweifelhaft hinausgegangen. [2]) Beispiele für die eine wie die andere Art von Einigungen sind nicht schwer zu

[1]) Das bezeichnendste Beispiel dieses Eingehens auf das fremde Recht bietet bekanntlich der Versuch, in dem Gewande des römischen Fideicommisses das deutsche Stammgüterrecht aufrechtzuhalten und eine einheitliche Erbfolge zu begründen.

[2]) Bestimmungen dieser letzteren Art finden sich indessen immer

finden; so werden, um nur einiger häufiger vorkommender Bestimmungen zu gedenken, bei Familienfideicommissen, obwohl nach Nov. 159 Veräußerungsbeschränkungen nur für die nächsten Generationen constituirt werden können, solche auf ewige Zeiten hinaus statuirt; von adeligen Töchtern wird der Erbverzicht als ein nothwendiger gefordert, und allenfalls sogar, wenn dessen Ablegung verweigert werden sollte, ohneweiters supplirt; die Veräußerungsbeschränkungen, die eigenthümliche, deutschrechtliche Erbfolge, oder auch die neu eingeführte Individualsuccession werden in Bezug auf allen derzeitigen Besitz oder auch auf allen zukünftigen Erwerb des einzelnen Hauses eingeführt oder festgehalten, und die betreffenden Verfügungen nicht bloß für die ursprünglichen Contrahenten und deren Erben, sondern auch für Personen verbindlich erklärt, die beim Abschlusse des Familienvertrages in keiner Weise betheiligt gewesen waren. Wiederum wird nicht selten der Volljährigkeitstermin auf eine vom römischen Rechte abweichende Art bestimmt, und auch wohl die Uebernahme und Führung der Vormundschaften eigenthümlich geregelt; eine Reihe von Bestimmungen wurde erlassen über die Heirathen der Familienglieder, und insbesondere erhielt der dem römischen Rechte vollkommen fremde Begriff der Mißheirath seine nähere Bestimmung u. dgl. m. Für uns entsteht nun diesem Gange der Dinge gegenüber die doppelte Frage: wie die Jurisprudenz der früheren Zeit die Abfassung derartiger Bestimmungen durch die adeligen Familien aufgefaßt, und zu erklären versucht habe, und wie dieselbe sodann in der That von uns zu erklären und zu begründen sey.

In der ersteren Beziehung kann nun keinem Zweifel unterliegen, daß man sich von Anfang an über die Bedeutung der adeligen Familienverträge keineswegs klar war. Die einzelne Familie fühlte sich durch das geltende oder in Geltung gesetzte Recht belästigt; man trat zusammen und beschloß diese oder jene Abweichung von demselben, ohne daß dabei zwischen Rechtserzeugung und Rechtsanwendung unterschieden worden wäre. Rechtsgeschäfte und Rechtsschöpfungen finden sich demnach sehr häufig in einer und derselben Urkunde gemischt, auf solche Erzeugnisse gemischten Inhaltes findet die Bezeichnung als Familienverträge und

---

nur in den Satzungen einzelner adeliger Häuser, nicht in den unter verschiedenen Häusern etwa getroffenen Uebereinkünften.

als Hausgesetze ohne Unterschied gleichmäßige Anwendung. Ihrer Entstehungsart nach tragen dieselben durchaus die Form von Vertragsbestimmungen an sich, und ist insbesondere Einstimmigkeit der Beschlüsse als wesentliche Voraussetzung ihrer Gültigkeit der Regel nach auch da zu betrachten, wo es sich um die Schöpfung neuen oder doch als neu geltenden Rechtes handelt, nur in untergeordneten Fragen kann ausnahmsweise auch wohl die Mehrheit der Familienangehörigen, oder selbst das Familienhaupt für sich allein Dispositionen dieser Art treffen; für die Entwickelung der Theorie von den Hausgesetzen sind indessen solche Ausnahmsfälle nicht bestimmend geworden. Dieselbe Unklarheit macht sich nun zunächst auch in Bezug auf die Auffassung derartiger Erzeugnisse seitens des Juristenstandes geltend. Dieser behandelt anfänglich die betreffenden Bestimmungen als vertragsmäßige, und wendet auf dieselben die Vorschriften des römischen Rechtes an; durch die gewaltsamste Auslegung einzelner Stellen des römischen Rechts, die etwa einen nothdürftigen Anhaltspunkt für das eine oder andere beim Adel einmal hergebrachte Geschäft gewähren zu können schienen,[1]) oder auch durch rein mechanische Auskunftsmittel, z. B. die Einholung einer kaiserlichen Bestätigung, oder die eidliche Bestärkung des einzelnen Geschäftes, als welche auch den vom Rechte reprobirten Geschäften Gültigkeit verschaffen sollte,[2]) sucht man dabei im Interesse der Praxis den entgegenstehenden Rechtsvorschriften gegenüber deren Rechtsbeständigkeit aufrecht zu halten. Schon frühzeitig macht sich daneben bereits die Ansicht geltend, daß die eigenthümliche Stellung des hohen Adels als des Inhabers der jurisdictio ebenfalls mit in Betracht komme, und daß die Gewalt, selbst Statute zu begründen, es unbedenklich mache, wenn derselbe in seinen Verträgen vom gemeinen Rechte abzuweichen sich gestatte;[3]) indessen wird auf diesen Punkt zunächst nur ganz

---

[1]) So wollen z. B. bereits Bartolus und Zasius den Erbvertrag beim Adel im Anschlusse an L. 19. C. de pactis (2, 3) auf Grund der ihm zustehenden privilegia militum aufrecht halten.

[2]) So sollte z. B. auf Grund des c. 2 in 6to de pactis (1, 18) der eidlich beschworene Erbverzicht gültig seyn.

[3]) Vgl. z. B. die eigenthümliche Deduction, welche Beseler, die Lehre von den Erbverträgen, II, 1, S. 130—4, aus einem Gutachten des Zasius mittheilt.

beiläufig Gewicht gelegt, und in demselben keineswegs der Ausgangs- und Schwerpunkt der Auffassung jener Hausverträge gesehen. Später machte sich dagegen das Bewußtseyn über die Selbständigkeit der vom Adel gewillkürten Bestimmungen dem gemeinen Rechte gegenüber entschiedener geltend. Die gewaltsame Verdrehung des römischen Rechtes, welche nöthig war um aus diesem die Beliebungen des Adels erklären zu können, mußte mit dem Aufkommen richtigerer Ansichten über dessen Geschichte und Dogmatik völlig aufgegeben werden; man mußte sich allmählich darüber klar werden, daß zum großen Theile in jenen Satzungen viel weiter gegangen werde als sonst die Disposition der Privaten reiche, oder als sie überhaupt reichen könne, daß durch dieselben nicht nur subjectives Recht begründet, sondern auch mancher Rechtssatz aufgestellt oder doch Prohibitivsätzen des gemeinen Rechtes entgegengetreten werde. Von jetzt an läßt man demnach die Familienverträge des Adels als Statute und somit als Rechtsquellen gelten, und stützt deren Kraft auf die dem hohen Adel zustehende Landeshoheit, wobei freilich übersehen wird, daß als Subject dieser letzteren eben nur der jederzeit regierende Herr, nicht die Gesammtheit aller Angehörigen des landesherrlichen Hauses erscheint, während doch zur Begründung von Hausgesetzen die Mitwirkung dieser letzteren nothwendig erscheint. Auch diese letztere Auffassung mußte indessen mit der Zeit wieder einer andern Platz machen, von welcher Hr. G. merkwürdigerweise gar keine Notiz nimmt. Der für das Privatfürstenrecht vor allem von Pütter verfochtene Satz zwar, daß neben dem römischen auch ein gemeines deutsches Recht bestehe, und daß dieses vorzugsweise die Verhältnisse des hohen Adels beherrsche, war bei allem sonstigen Werthe für die vorliegende Frage zunächst ohne durchgreifende Bedeutung. Wenn nämlich Pütter mit vollem Recht geltend macht, daß das besondere Recht des hohen Adels auf gemeinsamen Grundsätzen beruhe, welche zum Theil im älteren deutschen Rechte wurzeln, zum Theil aber in späterer Zeit von gemeinsamen Ausgangspunkten aus sich gebildet haben, so spricht derselbe doch damit den adeligen Hausgesetzen die Bedeutung von Rechtsquellen keineswegs ab: er behauptet vielmehr nur, daß behufs der Erklärung jedes einzelnen Hausgesetzes nicht auf das römische Recht, sondern auf die in der Gesammtheit aller Hausgesetze sich aussprechenden, dem Privatfürstenrechte eigenthümlichen

Rechtsgrundsätze zurückgegangen werden müsse; daß ferner auch dann, wenn der einzelnen Familie förmliche Hausgesetze fehlen, deren Herkommen aus jener Quelle zu erläutern sey; — er erkennt aber dabei ausdrücklich an, daß „nach der großen Freyheit, womit unsere reichsständischen Häuser vermöge ihrer unbeschränkten Autonomie ihre innere Einrichtung, ein jedes nach seiner Convenienz, bestimmen können," allerdings möglich sey, „daß ein oder anderes Haus in seinen Hausgesetzen ganz besondere Dinge hat, die man nur als eigenthümliche Verordnungen dieses Hauses ansehen kann," [1]) und in der That hat Hrn. G.'s Behauptung, daß seitdem die gemeinsame Grundlage der adeligen Hausgesetze erkannt worden sey, in diesen nur noch Rechtsgeschäfte gesehen werden dürften, genau denselben Sinn, wie wenn man behaupten wollte, daß die Particulargesetzgebungen der einzelnen deutschen Länder durch die Entdeckung, daß deren Inhalt großentheils nicht willkürlich erfunden, sondern nur aufgezeichnetes gemeines deutsches Gewohnheitsrecht sey, sofort ihre Geltung als gesetzliches Recht verloren hätten. Wohl aber tritt bei Pütter, wie freilich zum Theil schon bei anderen vor ihm, in so ferne eine wesentlich veränderte Auffassung der adeligen Hausgesetze auf, als er deren Gültigkeit nicht mehr auf die landesherrliche Gewalt, sondern auf die bei den vollfreien Familien von altersher übliche Familienautonomie, d. h. Freiheit ihre Familienangelegenheiten nach selbstgesetzten Regeln zu ordnen, stützen will, also den Schwerpunkt nicht mehr in der Landeshoheit des Familienoberhauptes, sondern in der autonomischen Freiheit der Familienglieder sucht.[2]) Damit wird freilich die Gefahr einer Zurückführung der Hausgesetze auf die Natur bloßer Rechtsgeschäfte wieder nahe gerückt, wenn nämlich zwischen der Freiheit der Familienangehörigen als einzelner und ihrer Freiheit als Gesammtheit nicht gehörig geschieden wird, und in der That ist es den Anhängern jener Ansicht zumeist nicht gelungen, dieser Gefahr völlig zu entgehen; dennoch aber scheint in dieser Auffassung bereits der Keim einer wichtigen Lösung der vorliegenden Frage zu liegen,

---

[1]) Beyträge zum Teutschen Staats- und Fürstenrechte, St. 30, Bd. II, S. 129.

[2]) Z. B. Primae lineae juris privati principum, §. 4.

und nur eine nähere Bestimmung und Abgränzung derselben nöthig zu seyn, um dieselbe völlig zum Ziele zu führen.

Wenn nämlich weder die Auffassung der adeligen Hausgesetze als einfacher Rechtsgeschäfte, noch auch deren Zurückführung auf die gesetzgebende Gewalt der Landesherren deren thatsächliche Bedeutung vollständig zu erklären vermag, so muß zu ihrer Erklärung, soferne man denselben nicht alle Berechtigung absprechen und sie auf ein bloßes Mißverständniß zurückführen will, offenbar ein anderer Weg eingeschlagen werden. Es wurde bereits bemerkt, daß ein Theil des Inhaltes jener Familienverträge in der That nur Rechtsgeschäfte enthalte, wie solche auf Grund des gemeinen, d. h. vorzugsweise römischen Rechtes abgeschlossen werden konnten; in so weit ist begreiflich eine besondere Erörterung nicht nöthig, aber auch keine dem Adel eigenthümliche Art von Dispositionen gegeben. Einen weiteren Bestandtheil bilden ferner Rechtsgeschäfte, welche auf Grund des älteren deutschen Rechtes eingegangen werden konnten, dem römischen Rechte gegenüber aber als unzulässig erschienen; in so weit hielt der Adel eben nur am einheimischen Gewohnheitsrechte fest, während das übrige Volk dem fremden Rechte sich fügte, und es ist demnach bloß die frühere allgemeine Rechtsgewohnheit zur Observanz eines besonderen Standes geworden. Die Mißachtung alles Gewohnheitsrechtes seitens der älteren Jurisprudenz hatte dabei aber freilich die Folge, daß solche Dispositionen nicht auf Grund der althergebrachten Rechtsübung anerkannt werden wollten, vielmehr der einzige Grund ihrer Gültigkeit immer nur in dem betreffenden einzelnen Familienvertrage gesucht wurde, mochte man diesen nun als privatrechtliche Verfügung, oder aber als Statut auffassen; in so weit, aber auch nur in so weit mochte demnach die ältere Theorie von einer Autonomie des Adels in Fällen sprechen, da doch die neuere Wissenschaft auf eine solche nicht weiter zu recurriren braucht, falls sie nicht etwa die Observanz selbst als Ausfluß einer Autonomie zu bezeichnen sich geneigt fühlt. Einen dritten Bestandtheil des Inhaltes der Familienverträge bilden aber wirkliche Rechtssätze, mögen dieselben nun bloße Aufzeichnung älteren Rechts, oder aber neue Beliebungen enthalten; auch im ersteren Falle liegt wenigstens formell eine Erzeugung neuen Rechtes vor. Eine Reihe der oben angeführten Beispiele von Familiendispositionen läßt eine andere

Deutung als diese letzte absolut nicht zu, und es hielte nicht schwer, deren Anzahl beliebig zu vermehren; eben in Bezug auf ihren derartigen Inhalt bedürfen aber, nicht nur der älteren, sondern auch der neueren Theorie gegenüber die adeligen Hausgesetze einer näheren Beleuchtung. Es wurde gelegentlich bereits der Satz ausgesprochen, daß jede Erzeugung eines Rechtssatzes eine öffentliche Gewalt voraussetzt, von welcher dieselbe ausgeht; die Gewalt des Privaten als solchen kann sich über freie Personen nicht erstrecken, daher in ihr die Entstehung von Rechtssätzen, an deren Beobachtung andere gebunden wären, nicht wurzeln: in einer Privatgewalt kann nur die Wurzel subjectiver Befugnisse, die Wurzel objectiver Rechtsregeln dagegen nur in einer öffentlichen Gewalt liegen, deren Existenz wieder die Existenz einer öffentlichen Gesellschaft voraussetzt, aus welcher jene hervorgeht. Welches nun aber die Verbindung sey, von welcher das eigenthümliche Recht der hochadeligen Häuser sein Daseyn empfängt, kann nicht zweifelhaft seyn. Jeder einzelne Satz dieses Rechtes, soweit solches überhaupt ein geschriebenes ist, gründet sich auf ein bestimmtes Hausgesetz oder einen Familienvertrag, durch welchen er in verbindlicher Weise festgestellt worden ist; seine verpflichtende Kraft zieht er aus der Bedeutung eben dieses einzelnen Actes, seine Wirksamkeit beschränkt sich auf die Angehörigen des betreffenden einzelnen Hauses. Soferne nun Rechtssätze nicht durch die bloße Willensäußerung von Privaten entstehen können, müssen die vollberechtigten Familienangehörigen, welche den Familienvertrag abgeschlossen haben, muß das Familienoberhaupt, das etwa ein Hausgesetz einseitig erlassen hat, in anderer Eigenschaft als in privatrechtlicher gehandelt haben, nämlich in Vertretung einer öffentlichen Verbindung, welche hier keine andere als die Familiengenossenschaft seyn kann. [1]) Bereits in der ältesten Zeit waren die verwandtschaftlichen Verbindungen in Deutschland durchaus selbst-

[1]) Ob der Familiengenossenschaft die Eigenschaft einer juristischen Person beizulegen sey oder nicht, kommt dabei in keiner Weise in Frage; hier handelt es sich um deren Bedeutung im öffentlichen, nicht um ihre Rechtsfähigkeit im Privatrechte. Auch im öffentlichen Rechte aber der verwandtschaftlichen Verbindung ihre juristische Bedeutung abstreiten zu wollen, wird Hr. G. selbst bei näherer Ueberlegung wenigstens der deutschen Rechtsgeschichte gegenüber schwerlich wagen wollen.

ständig und nahezu als Staaten im Staate dagestanden; der Grundbesitz, oder doch dessen wichtigster Bestandtheil, war geschlossenes Territorium der Gesammtheit gewesen. Den bedürftigen Angehörigen hatte diese Schutz und Unterhalt gewährt, in Uebung der Blutrache für ihre erschlagenen, in Hülfeleistung zur Fehde ihrer beleidigten Mitglieder hatte sie Krieg geführt und Frieden geschlossen. Von einer Erzeugung eigener Rechtssätze durch und für die einzelnen Familien ist freilich noch keine Rede, aber nur weil das gemeine Landrecht den Bedürfnissen Aller genügte, nicht weil es der Verbindung an der zur Selbstgesetzgebung nöthigen Consistenz gefehlt hätte. Später hatte sich freilich mit dem Steigen der Bedeutung des Gemeinde- und Staatsverbandes die Festigkeit der verwandtschaftlichen Verbindung gelockert; beim hohen Adel aber hatte die Verbindung mit dem Territorium die Abgeschlossenheit und Selbständigkeit der einzelnen Familien gesichert — die claritas familiae insbesondere galt hier als mit dem Ruhme und Vortheile der ihr untergebenen Landschaft aufs genaueste verbunden, [1]) und wenn durch diese Verbindung zwischen dem Regentenhause und seinem Territorium einerseits ein Hinübergreifen staatsrechtlicher Gesichtspunkte und Factoren in die Verhältnisse des ersteren veranlaßt wurde, so war doch andererseits in derselben auch eine feste Stütze für die Selbständigkeit der Familie als solcher gegeben. Auch jetzt noch konnte übrigens bei den adeligen Häusern von der Erzeugung eigenen Rechtes in so lange nicht wohl die Rede seyn, als das einheimische Landrecht in unbestrittener Herrschaft, und zugleich die Individualsuccession durch lehn- und staatsrechtliche Grundsätze geschützt war; sowie dagegen das römische Recht eindrang, und zugleich die unbeschränkte Theilbarkeit der Territorien sich geltend machte, war eo ipso das Bedürfniß nach einem eigenthümlich gestalteten Rechte für die adeligen Häuser vorhanden, und die verwandtschaftliche Verbindung zeigte zugleich in denselben genügende Festigkeit, um von ihr die geforderte Abhülfe ausgehen zu lassen. Jede einzelne Familie schritt früher oder später zur Aufzeichnung ihres Rechts, dessen formelle Gültig-

---

[1]) Schon zu Ende des 11ten Jahrhunderts sagt Lambert. Hersf. ang. D.: Hoc scilicet fiebat, ne, in plures divisa provincia, claritas illius familiae per inopiam rei familiaris obsoleret.

keit, mochte nun materiell altes Herkommen oder neue Willkür vorliegen, fortan eben auf dieser Aufzeichnung beruhte; die Möglichkeit einer solchen Selbstgesetzgebung liegt aber in der Eigenschaft der Familiengenossenschaft als einer öffentlichen Verbindung begründet, während in dem Besitze der Landeshoheit und der Reichsunmittelbarkeit der hochadeligen Häuser zwar fördernde Umstände, aber nicht der Grund derselben zu erkennen sind. Die Gleichheit der alten Gewohnheit, die Gleichheit ferner der Umstände, welche zu deren Umbildung in einzelnen Beziehungen drängten, hat freilich eine Gleichheit der Grundzüge in den Hausgesetzen aller einzelnen Familien zur Folge, und es läßt sich von hier aus allerdings mit Pütter behaupten, daß für den hohen Adel im Ganzen ein gemeinsames Gewohnheitsrecht sich erhielt oder neu ausbildete, welches in den einzelnen Hausgesetzen der einzelnen Familien nur seinen Ausdruck und seine concretere Fassung erhielt; damit ist indessen nichts anderes gesagt, als was sich auch von dem Verhältnisse der einzelnen Particulargesetze einzelner Landschaften zu dem gemeinen deutschen Gewohnheitsrechte sagen läßt, soferne ja auch jene sehr häufig nur einzelne Sätze dieses letzteren enthalten und belegen.

So werden demnach in Bezug auf ihre Familienverträge die Angehörigen der hochadeligen Häuser in doppelter Eigenschaft thätig: einmal nämlich als einzelne Privatleute, welche mit einander Rechtsgeschäfte abschließen, sey es nun auf Grund des geschriebenen römischen, oder auf Grund des in der Gewohnheit fortlebenden deutschen Rechtes, sodann aber als Mitglieder der Familiengenossenschaft, welche in ihrer Gesammtheit, seltener in ihrer Mehrheit oder als Einzelne, die verfassungsmäßigen Organe ihres Gesammtwillens bilden, und als solche Recht nicht bloß anwenden, sondern auch erzeugen. [1]) Theils die Identität der physischen

[1]) Ob die Gesammtheit der Familienangehörigen, deren Mehrheit, oder das Familienhaupt allein im einzelnen Falle die der Familiengenossenschaft zustehende Autonomie übe, ist begreiflich für die obige Begründung dieser letzteren völlig gleichgültig; es handelt sich dabei nämlich nur um eine verschiedene verfassungsmäßige Regelung der die Gesammtheit vertretenden Organe; daß aber der Regel nach Einstimmigkeit aller vollberechtigten Familienglieder gefordert wurde, ist auf die Geschichte der Theorie der Hausgesetze allerdings von sehr bestimmendem Einfluß gewesen.

Personen, welche in der einen wie in der anderen Function thätig werden, theils die regelmäßig geringe Zahl der Betheiligten, und die enge Berührung jeder Aenderung der Rechtssätze mit den wohlerworbenen Rechten der einzelnen als solcher, welche in den meisten Fällen Einstimmigkeit der Beschlüsse zur Vorbedingung ihrer Gültigkeit auch da macht, wo es sich um Rechtserzeugung handelt, rückt beide Arten der Thätigkeit der Familienangehörigen einander näher. Die Zurückführung aller Rechtserzeugung auf den individuellen Willen bestimmter physischer Personen, die Unklarheit der älteren Theorie in Bezug auf die Unterscheidung zwischen der Erzeugung und der Anwendung von Rechtssätzen, stand einer richtigen Auffassung der dabei obwaltenden Verschiedenheit im Wege; die nicht gehörige Würdigung des Verhältnisses zwischen dem einheimisch deutschen und dem recipirten römischen Rechte hatte überdieß nicht selten zur Folge, daß einheimische Rechtssätze gewaltsam in die Form römischer Rechtsgeschäfte eingekleidet wurden, um in dieser Form soweit möglich ihr Daseyn zu fristen, während andererseits Bestimmungen, die richtig aufgefaßt nur eine Anwendung althergebrachter deutscher Rechtssätze enthielten, nicht selten als willkürliche und neugeschaffene Abweichungen vom geltenden, d. h. römischen Rechte betrachtet wurden. So muß demnach allerdings anerkannt werden, daß in den Hausgesetzen des deutschen Adels vielfach eine Mischung von Rechtsgeschäften und Erzeugnissen einer wahren Selbstgesetzgebung vorliegt, und es ist nicht immer leicht, zwischen beiden Bestandtheilen ihres Inhaltes im einzelnen die Gränze scharf zu ziehen. Allerdings ist ferner das Selbstgesetzgebungsrecht des Adels kein unbeschränktes, vielmehr begränzt durch die ihm übergeordnete Gesetzgebung des Staats einerseits, durch den Beruf und Zweck der Familiengenossenschaft andererseits. Endlich ist auch richtig, daß die vorherrschende Gleichartigkeit des Inhaltes der verschiedenen Hausgesetze keine zufällige ist, und daß aus der Uebereinstimmung der Dispositionen in vielen einzelnen Familienverträgen auf ein ihnen zu Grunde liegendes gemeinsames Gewohnheitsrecht des gesammten deutschen hohen Adels geschlossen werden darf. Indessen scheint in allen diesen Thatsachen nichts zu liegen, was dem Begriffe einer dem hohen Adel zustehenden Selbstgesetzgebung widersprechen würde, während der Umstand, daß innerhalb der so

gezogenen Schranken der legislativen Präcisirung einzelner Sätze, der willkürlichen Feststellung einzelner Regeln immer noch ein Spielraum verbleibt, die Annahme einer solchen nothwendig macht. Jedenfalls dürfte der von Hrn. G. unternommene Erklärungsversuch weder auf richtigen Ausgangspunkten beruhen, noch auch die einer Erklärung bedürftigen Erscheinungen irgend erklären. Derselbe beruht wesentlich auf der oben bereits gerügten Unklarheit des Hrn. Verf. bezüglich der Ausdehnung der nach älterem Rechte den Privaten angeblich verstatteten Dispositionsfreiheit und deren Verhältniß zu der Erzeugung von Rechtssätzen. Derselbe stellt ferner die Hausgesetze des hohen Adels ohneweiters auf eine Linie mit den Rechtsgeschäften, welche in früherer Zeit beliebige Privatpersonen abzuschließen pflegten, und übersieht somit völlig, wie erst die Reception des römischen Rechts und das Umsichgreifen des Theilungsprincipes bei der Succession in Land und Leute zur Abfassung derselben den Anstoß gab, und somit eine neue Bildung in denselben zu erkennen ist. Als das Ziel des in den Hausgesetzgebungen sich documentirenden Strebens des deutschen Adels muß ferner, wie bereits bemerkt, die Fernhaltung des materiellen Inhaltes des fremden Rechtes und die Behauptung der materiellen Sätze des älteren einheimischen oder auch eines neu gewillkürten Rechtes bezeichnet werden, nicht die Behauptung einer größeren Dispositionsbefugniß über die eigenen Güter. Nur von hieraus erklärt sich, wie man einerseits von den Formen des recipirten fremden Rechtes selbst vielfach einen dessen Inhalt ausschließenden Gebrauch machen, und wie andererseits, mit Hrn. G. zu reden, der Formulirungsproceß seinerzeit auch das Recht des Adels ergreifen konnte; die Möglichkeit der letzteren Thatsache setzt denn doch wesentlich voraus, daß dessen Beliebungen ihrem materiellen Inhalte nach im Großen und Ganzen keineswegs die Producte völlig willkürlicher Dispositionen waren, daß vielmehr die formelle Willkürlichkeit bei ihrer Errichtung nur als Mittel dienen mußte, eben jenen nothwendigen Inhalt gegenüber der drohenden Gefahr einer Aufdrängung fremder oder sonst unpassender Rechtssätze sicher zu stellen. Andererseits aber wäre mit den Annahmen des Hrn. Verfassers, deren Richtigkeit sogar zugegeben, dennoch nichts gewonnen. Es kann nämlich nicht bezweifelt werden, daß das römische Recht von Anfang an als ein gemeines auch auf den Adel ausgedehnt

werden wollte, und daß somit, von Hrn. G.'s Standpunkt aus gesprochen, jene angeblich vom Adel fortwährend behauptete weitere Dispositionsfreiheit auch für ihn als ausgeschlossen gelten mußte; will man demnach nicht den ganzen geschichtlichen Vorgang auf lauter Irrthümer und Verstöße der älteren Juristen wie Nichtjuristen zurückführen, so bleibt auch hier noch immer die Frage offen, wie und warum es ausnahmsweise dem hohen Adel gelungen sey, im Widerspruche mit dem römischen Rechte sich jene frühere Dispositionsfreiheit zu erhalten, und der Hr. Verf. hat nichts gethan diese Frage zu beantworten. [1])

Faßt man endlich das Recht der Gegenwart ins Auge, und prüft man, wiefern für dieses dem Begriff der Autonomie noch praktische Bedeutung zukomme, so ist vor allem klar, daß selbst dann, wenn zur Zeit nirgends mehr Selbstgesetzgebung geübt würde, doch schon darum jener Begriff noch immer ein praktischer genannt und als solcher wissenschaftlich erörtert werden müßte, weil Producte der in früherer Zeit geübten Autonomie sehr vielfach noch in Geltung sind, und somit die Wirkungen dieser letzteren sich ganz entschieden noch auf das Recht unserer Gegenwart er-

[1]) Im Obigen treten wir auch der von Wilda in seinem trefflichen Aufsatze über die Autonomie (Weiske's Rechtslexikon, Bd. I) aufgestellten Ansicht in so weit entgegen, als derselbe beim hohen Adel nur eine Erweiterung der Privatdispositionsfähigkeit annehmen, und diesem nur das Recht zugestehen will, die Anwendung von Rechtsgrundsätzen auszuschließen, denen sich Privaten durch ihre Dispositionen sonst nicht entziehen können. Uns scheint damit eine Reihe von Bestimmungen nicht erklärt, die sich in den adeligen Hausgesetzen zu finden pflegt, z. B. die abnorme Regelung des Mündigkeitstermines, Vorschriften über die Ehen der Familienglieder und insbesondere über Mißheirathen und Ehen zur linken Hand, u. s. w., so gerne wir zugeben, daß in anderen und zahlreicheren Fällen die obige Erklärungsweise ausreicht. Das, wenn auch unklare, Gefühl des Selbstgesetzgebungsrechtes der adeligen Häuser scheint uns ferner auch die Möglichkeit dieser letzteren Gestaltungen bedingt zu haben. Darin sind wir aber mit Wilda völlig einverstanden, daß die adelige Autonomie nicht aus den angeblich höheren Rechten des deutschen Familienvaters abgeleitet werden dürfe; nicht die monarchische Bildung der Familie im engeren Sinne, sondern die genossenschaftliche der Gesammtverwandtschaft ist jenem Rechte zu Grunde zu legen.

strecken. Es läßt sich aber überdieß darthun, daß, wenn auch nicht mehr in der gleichen Ausdehnung wie im Mittelalter, doch immerhin noch in einigem Maße eine Selbstgesetzgebung engerer Verbindungen im Staate thätig, und somit Autonomie geübt wird, wenn wir selbst das Herkommen derartiger kleinerer Rechtsgebiete unter deren Begriff zu bringen nicht geneigt seyn sollten. Wenn zunächst Art. 14 der D. B. A. hinsichtlich der dem mediatisirten hohen Adel zugesicherten Befugniß, über seine Güter und Familienverhältnisse verbindliche Verfügungen zu treffen, auf die „Grundsätze der früheren deutschen Verfassung" sich bezieht, so wird demselben offenbar die Autonomie in demselben Sinn und Umfange zugestanden, in welchem sie den hochadeligen Häusern überhaupt zu Reichszeiten zukam; und es wäre schwer zu erklären, warum die B. A. bezüglich der ähnlichen der ehemaligen Reichsritterschaft gewährleisteten Befugnisse ausdrücklich beigefügt haben sollte: „diese Rechte werden jedoch nur nach der Vorschrift der Landesgesetze ausgeübt," wenn nicht dem mediatisirten hohen Adel gegenüber ein Anderes gelten, wenn nicht seinen Familiendispositionen über die bloße Anwendung des geltenden Landrechts, also über die Bedeutung bloßer Rechtsgeschäfte hinauszugehen verstattet seyn würde. Wir nehmen darum keinen Anstand Hrn. G. gegenüber zu behaupten, daß eine vom gemeinen Landrechte abweichende Bestimmung des Volljährigkeitstermines, eine Ausschließung aller testamentarischen Verfügungen über die Vormundschaften u. dgl. in den Hausgesetzen hochadeliger Familien noch heutzutage ebenso gut ihren Platz finden könne, wie dieß zu Reichszeiten der Fall war; aber freilich wird heutzutage ebenso wohl wie vordem jene Autonomie ihrem Umfange nach begränzt seyn, und demnach z. B. eine Aufhebung der Verjährung von derselben nicht ausgehen können. Völlig unbegründet ist ferner, wenn der Hr. Verf. den Hausgesetzen der souveränen Familien einen völlig andern Charakter, nämlich die Bedeutung eigentlicher Gesetze beilegen will. Richtig ist nur so viel, daß viele Satzungen des Privatfürstenrechts zugleich eine staatsrechtliche Bedeutung haben, und darum auch wohl einer verfassungsmäßigen Sanction unterstellt worden sind, und es ist dieß eine ganz natürliche Folge der Doppelstellung des Monarchen als Staatsoberhaupts und als Privatperson, als welche eine bestimmte Gestaltung des ihn und die

Seinigen betreffenden Privatrechts für den Staat erheblich macht; damit ist aber weder gesagt, daß diese staatsrechtliche Bedeutung allen und jeden Sätzen des Privatfürstenrechts zukomme, noch auch ausgeschlossen, daß innerhalb der durch das Staatsinteresse gezogenen Schranken der Autonomie der regierenden Häuser noch ein engerer oder weiterer Spielraum verbleibe. Schon zu Reichszeiten hatte in manchen Beziehungen die Reichsgesetzgebung in das Privatrecht einzelner oder aller adeligen Häuser eingegriffen, [1]) in anderen die Landschaft des einzelnen Territoriums auf einzelne Punkte desselben Einfluß gewonnen, ohne daß doch eine derartige Berührung des Staatsrechtes mit dem autonomischen Rechte des hohen Adels diesem sein selbstständiges Daseyn entzogen hätte; und ganz ebenso sehen wir in der neuern Zeit souveräne Familien unbeanstandet Hausgesetze ohne Zuziehung der Volksvertretung erlassen, während allerdings einzelne Bestimmungen innerhalb ihres Privatrechts wegen der ihnen zugleich innewohnenden staatsrechtlichen Bedeutung verfassungsmäßig festgestellt, und demnach der willkürlichen Einwirkung der Familien-Autonomie entrückt sind. [2]) Auf die von den Quellen in Bezug auf die einschlägigen Verfügungen der mediatisirten, oder auch der souveränen Häuser angewandten Ausdrücke darf jedenfalls kein Gewicht gelegt werden, und es ist völlig willkürlich, wenn Hr. G. aus den Worten Familien-Verträge, Verfügungen über Güter und Familien-Verhältnisse u. dgl. auf die Eigenschaft bloßer Rechtsgeschäfte schließen, dagegen die anderwärts zu findende Bezeichnung als Hausgesetze „niemals mit bewußter Anerkennung des Begriffes Gesetz im eigentlichen Sinne des Wortes“ gebraucht seyn lassen will. Beiderlei Ausdrücke werden eben in Folge der oben erwähnten Confusion der Theorie als gleichbedeutend gesetzt, und im Grunde der eine so wenig als der andere mit klarem Bewußtseyn über seine Bedeutung. — Hinsichtlich der Gemeinden läßt sich ferner zwar nicht läugnen, daß eine Selbstgesetzgebung in dem Umfange, in welchem solche früher von ihnen

[1]) Man denke z. B. an die Vorschriften der G. B. hinsichtlich der churfürstlichen Häuser, oder an einzelne Bestimmungen der W. C.

[2]) Vgl. z. B. das Familienstatut des bayerischen Hauses vom 5 August 1819. Der obigen Satz ist übrigens unseres Wissens von der deutschen Theorie und Praxis bisher noch nie in Zweifel gezogen worden.

geübt wurde, mit den Zuständen unserer Gegenwart absolut unvereinbar wäre, und daß insbesondere die Ordnung des bürgerlichen und Strafrechts, vom localen Herkommen immer abgesehen, heutzutage wohl nur vom Staate ausgehen kann. Ebenso ist unbedenklich zuzugeben, daß über das in den Verhältnissen liegende Maß hinaus dieselbe Centralisationswuth, welche den Gemeinden alle Freiheit der Selbstverwaltung zu entziehen suchte, auch deren Selbstgesetzgebung gegenüber, und zwar mit noch verstärktem Eifer sich geltend machte. Immerhin aber ist anzuerkennen, daß trotz dieser Ungunst der Zeiten den Stadt- und zum Theil sogar den Landgemeinden einige Autonomie, wenn auch in noch so beschränktem Umfange, nicht selten belassen wurde, z. B. in Bezug auf die Organisation ihrer eigenen Verfassung, bezüglich ihrer Besteuerung u. dgl m.; [1] die staatsrechtliche Wichtigkeit des Gemeindewesens hat zwar in ähnlicher Weise, wie dieß bezüglich des Privatfürstenrechtes zu bemerken war, die staatsrechtliche Feststellung der Grundzüge seiner Organisation zur Folge; damit ist aber der Spielraum der Gemeinde-Autonomie eben nur verengert, aber keineswegs nothwendig ganz ausgeschlossen. Was von den Gemeinden, gilt in ganz gleicher Weise auch von allen anderen öffentlichen Verbindungen im Staate; auch bezüglich ihrer ist, wie die Selbständigkeit der Verwaltung, so auch die der Rechtserzeugung durch die centralisirenden Tendenzen der Zeit theils völlig beseitigt, theils wenigstens in sehr enge Schranken gewiesen worden, — auch bezüglich ihrer lassen sich indessen vielfach Ueberreste der früheren freieren Stellung noch immerdar nachweisen. Auf ein genaueres Eingehen muß freilich bei der durchaus particularistischen Fortbildung des neueren Rechtes hier verzichtet werden, und ebenso scheint es räthlich, die Frage nach der Bedeutung der Statuten von Genossenschaften, welche rein vermögensrechtlichen Zwecken dienen (wie z. B. die Actienvereine), unerörtert zu lassen, da deren Besprechung eine vorgängige Erörterung der nicht minder schwierigen

---

[1] In den von Hrn. G. aufgezählten Aeußerungen gemeindlicher Freiheit liegt allerdings keine Uebung einer Autonomie; Hr. G. befindet sich aber auch in einem erheblichen Irrthum, wenn er meint, daß irgend jemand, der den Ausdruck in seiner juristischen Bedeutung zu brauchen gewöhnt ist, denselben jemals auf solche angewandt habe.

und bestrittenen Frage nach dem Wesen derartiger Verbindungen überhaupt erfordern würde; es mag demnach nur noch bemerkt werden, daß die von Hrn. G. gegen die angebliche Autonomie der Behörden und insbesondere der Gerichte erhobenen Einwendungen allerdings begründet scheinen. In ihrer gesammten Thätigkeit sind die Behörden lediglich Organe des Staats oder engerer Verbindungen innerhalb desselben, daneben etwa auch vorzugsweise Träger des Rechtsgefühls im Volke, also des Gewohnheitsrechts; es fehlt ihnen somit die Selbständigkeit, die zur eigenmächtigen Erzeugung von Rechtssätzen erfordert wird. Allerdings wäre denkbar, daß einem Collegium durch den Besitz eigenen Vermögens u. dgl. eine selbständigere Stellung angewiesen wäre, und daß im Zusammenhange damit von einem solchen auch Autonomie geübt werden könnte; auch in solchem Falle würde aber letztere nicht in seiner Eigenschaft als Behörde, sondern in der zu dieser hinzukommenden weiteren Eigenschaft als einer freien Genossenschaft ihren Grund finden.

Das Bisherige dürfte die Unzulässigkeit einer Verbannung des Autonomie-Begriffes aus dem Rechte der Gegenwart bereits genugsam erwiesen haben; in noch weit höherem Maße erhellt dieselbe aber, wenn man noch einen Blick auf die Richtung werfen will, welche die Kritik der bestehenden Zustände und das Streben nach deren Weiterbildung in der neueren Zeit eingeschlagen hat. Es läßt sich nicht verkennen, daß im bestimmtesten Gegensatze zu den centralisirenden Tendenzen einer jüngstvergangenen Zeit ein entschiedenes Bedürfniß nach freierer Gestaltung der einzelnen Theile des Staatsganzen erwacht ist, und daß derselbe Zug, welcher diesen ein Selfgovernment im Sinne der englischen oder richtiger überhaupt germanischen Verfassung zurückzugeben drängt, auch auf größere Liberalität in der Gestaltung autonomischer Rechtserzeugung einwirken muß; daß der Ruf nach entsprechender Umgestaltung der bestehenden Rechtsordnung gerade von den competentesten und conservativsten Stimmen erhoben wird, läßt annehmen, daß demselben mehr als ein vorübergehendes Gelüste einer neuerungssüchtigen Laune zu Grunde liege. Es ist von Interesse zu bemerken wie die Wissenschaft, die seinerzeit zu der Unterdrückung alles frischen und freien Rechtslebens im deutschen Volke das Signal gegeben hatte, fast gleichzeitig mit dem Erwachen jenes Bedürf-

nisses durch allmähliche Läuterung der theoretischen Begriffe in Bezug auf die Autonomie seiner Befriedigung den Weg zu ebnen begonnen hat; und zugleich läßt sich auf das Zusammentreffen der Entwicklung der Wissenschaft mit den Forderungen des praktischen Lebens, soferne der geschichtliche Gang beiderseits ein organischer war, wenigstens die Vermuthung begründen, daß die Ergebnisse der ersteren annähernd richtige seyen. Schon die dem Ende des vorigen Jahrhunderts angehörige und für die ganze Lehre lange Zeit bestimmende Schrift von Majer [1]) zeigt, so widerwärtig dieselbe durch ihre Verworrenheit und ihr seichtes Philosophiren ist, einen entschiedenen Fortschritt, soferne der Verfasser alle Autonomie auf die natürliche Freiheit stützt, die durch die staatliche und rechtliche Ordnung nur beschränkt, nicht aufgehoben sey, und sofort mit Rücksicht auf die verschiedene Stellung der einzelnen Individuen wie der größeren und kleineren Gesellschaften im Staate den verschiedenen Inhalt und Umfang der ihnen zukommenden Autonomie festzustellen sucht. Der Gegensatz zwischen Rechtserzeugung und Rechtsanwendung war dabei freilich noch nicht scharf gefaßt, und die Litteratur bezeichnet demnach die Fähigkeit der Privatpersonen, Rechtsgeschäfte einzugehen und dabei allenfalls auch das bloß vermittelnde Recht durch gewillkürte Satzungen auszuschließen, fortwährend unbedenklich als Autonomie; aber es war doch wenigstens die selbständige Grundlage dieser letzteren im Gegensatze zu deren früher üblicher Begründung auf den Willen des Gesetzgebers klar ausgesprochen, und zugleich die Verschiedenheit der verschiedenen Subjecten zustehenden Autonomie anerkannt. Später hat Puchta's classisches Werk über das Gewohnheitsrecht [2]) jenen Gegensatz in seinen Grundzügen festgestellt, und zugleich die mechanische Ableitung alles Rechts aus dem Willen der Staatsgewalt, wie die Zurückführung seiner Entstehung auf den individuellen Willen einzelner physischer Personen an der Wurzel angegriffen. Dabei macht sich freilich bei ihm, der Autonomie gegenüber, noch einige

---

[1]) Autonomie, vornehmlich des Fürsten- und übrigen unmittelbaren Adelstandes im Römisch deutschen Reiche, von Dr. Joh. Christ. Majer; Tübingen 1782.

[2]) Das Gewohnheitsrecht, von Dr. Georg Friedr. Puchta; Erlangen, Bd. I, 1828; Bd. II, 1837.

Befangenheit geltend; die Unbekanntschaft des Romanisten mit dem mehr individualisirten Rechtsleben des germanischen Volkes läßt ihn neben der (staatlichen) Gesetzgebung, dem Gewohnheitsrechte und der Rechtswissenschaft regelmäßig keine weitere Rechtsquelle anerkennen, und der Einfluß der selbst von den Germanisten anfangs mit Jubel aufgenommenen Rogge'schen Ansichten hat ihn dahin geführt, die autonomischen Satzungen des älteren deutschen Rechts immer noch auf den individuellen Willen der einzelnen Privaten, auf Verträge zurückzuführen, deren Wirkung aber freilich in Folge des Mangels einer wohlgeordneten Verfassung über ihre eigentlichen Gränzen habe hinausgehen und die fehlende Gesetzgebung ersetzen müssen [1]). Jedenfalls hat indessen Puchta das wichtige Verdienst, den Begriff der Autonomie auf die Erzeugung von Rechtssätzen im Gegensatze zum bloßen Abschlusse von Rechtsgeschäften wieder beschränkt zu haben. Auf den so gelegten Grundlagen ließ sich nun eine neue Theorie aufbauen, und es ist dieß auch, um Anderer hier nicht zu gedenken [2]), durch Wilda in seinem bereits aufgeführten Aufsatze (1844) geschehen. Dem von früherher überlieferten Sprachgebrauche folgend, begreift Wilda unter der Autonomie zwar auch die Dispositionsbefugniß der Privaten als solcher; er beugt indessen, was Hr. G. bei seiner Kritik völlig übersehen hat, jeder Begriffsverwirrung dadurch vor, daß er sofort zwischen der Privatautonomie und der Autonomie von Gemeinheiten scharf unterscheidet, und mit aller Bestimmtheit ausspricht, daß die erstere nicht als ein Recht der Selbstgesetzgebung bezeichnet werden dürfe, daß vielmehr Rechtssätze nur von einer

---

1) Vgl. z. B. I, 159: „So ist denn nun Autonomie das, gewissen der Staatsgewalt unterworfenen Personen, also ihnen als Einzelnen zustehende Recht, durch Privatdispositionen wirkliche Rechtssätze hervorzubringen, sey es auch daß die Anerkennung derselben in Vergleichung mit dem Product der eigentlichen Rechtsquellen in mancher Hinsicht beschränkt wäre." Es ist übrigens wohl zu bemerken, daß Puchta selbst von dieser Befangenheit allmählich zurückgekommen ist; vgl. z. B. a. O. II, 107 Anm., und noch entschiedener Cursus der Institutionen, §. 14 (I, 34; Ausg. von 1841).

2) Gute Bemerkungen finden sich zumal auch bei Maurenbrecher, Lehrbuch des gesammten heutigen gemeinen deutschen Privatrechts, Bd. I, Bonn 1840 (2te Aufl.); und bei Beseler, System des gemeinen deutschen Privatrechts, Bd. I; Leipzig 1847.

Gesammtheit als solcher ausgehen können, daß ferner die Autonomie der Gesammtheiten nicht aus der Autonomie der Individuen abgeleitet werden könne. Diese neuere Theorie, wie sie sich in den meisten derzeit umlaufenden Lehrbüchern ziemlich gleichmäßig vorgetragen findet, und im Obigen auch unsererseits zu vertheidigen unternommen wurde, geht demnach aus von der Gliederung des Staats in eine Reihe engerer und weiterer organischer Verbindungen, die nicht erst vom Staate ihr Daseyn erhalten, und innerhalb deren erst die einzelnen Staatsangehörigen als Privatpersonen stehen. Sie betrachtet die Freiheit der Bewegung, das Recht der willkürlichen Ordnung der eigenen Angelegenheiten, als das natürliche Recht nicht nur der einzelnen Privatpersonen, sondern auch jener höheren sie zusammenfassenden Verbindungen, erkennt aber andererseits auch an, daß hier wie dort durch die Rechtsordnung überhaupt und das Recht der übergeordneten Verbindungen, in letzter Instanz des Staates, insbesondere dieser natürlichen Freiheit Schranken gezogen sind, und daß überdieß eine weitere Begränzung der einer jeden Verbindung zukommenden Freiheit durch den ihr durch ihre eigene Natur angewiesenen Zweck gesetzt ist. Sie ist sich endlich auch darüber klar, daß die rechtliche Freiheit der Privatperson nur in der Gestaltung ihrer subjectiven Befugnisse, die rechtliche Freiheit der Gesammtheiten dagegen neben der Selbstverwaltung auch noch in der Selbstgesetzgebung sich zu äußern vermöge [1]). Die mechanische Centralisation des

[1]) Ob man den Ausdruck Autonomie nur auf diese Selbstgesetzgebung beschränken, oder auch noch auf die selbständige Erzeugung von Observanzen ausdehnen will, ist dabei principiell ohne Bedeutung; seine Anwendung auf die Dispositionsfähigkeit von Privatpersonen ist dagegen in der Art, wie sie von Wilda geschieht, zwar nicht mehr unrichtig, aber mit Rücksicht auf die Etymologie des Wortes und zur möglichsten Vermeidung jeder Ideenverwirrung besser zu vermeiden. Es erklärt sich übrigens leicht, wie es kommen konnte, daß ein Ausdruck, der ursprünglich das Selbstgesetzgebungsrecht von Staaten und anderen Gemeinheiten bezeichnete, später zugleich auch zur Bezeichnung der individuellen Freiheit in der Ordnung von Privatrechtsverhältnissen verwandt wurde. Vom Selbstgesetzgebungsrechte, als dem bezeichnendsten Merkmale der gemeinheitlichen Freiheit, wurde das Wort eben auf die Gesammtheit aller Aeußerungen solcher Freiheit ausgedehnt, und von hier aus weiter auf die Aeußerungen der individuellen Freiheit im

Rechtslebens ist somit als theoretisches Postulat für die Gesetzgebung von der neueren Wissenschaft in derselben Weise aufgegeben, wie sie dieß gleichzeitig für die Verwaltung wurde, und die Theorie stellt fortan den Bedürfnissen, welche sich im Leben geltend machen, keine Hindernisse mehr in den Weg; vergleichen wir dagegen Hrn. G.'s Aufstellungen mit den Anforderungen der Praxis, so stoßen wir auf die grellste Dissonanz; — halten wir dieselben an den eben dargelegten Entwicklungsgang der Theorie, so finden wir in denselben nur eine Rückkehr zu der glücklich überwundenen Unklarheit über den Unterschied zwischen der Rechtserzeugung und Rechtsanwendung, zu der endlich beseitigten Unfähigkeit eine andere als eine von oben herunter dictirte Gesetzgebung zu begreifen, und zu der gleichfalls genügend widerlegten Annahme eines reinen Willkürzustandes bei den älteren deutschen Völkerschaften. Wir fürchten nun freilich nicht, daß Hrn. G.'s Deduction an dem Ergebnisse einer ebenso langwierigen als mühevollen Entwicklung der rechtswissenschaftlichen Theorie irgend etwas ändern werde; wir halten es indessen für Pflicht und Aufgabe der „Kritischen Ueberschau", jedem Versuche zu einem Rückfall in längst verjährte Irrthümer, zumal in höchst praktischen Fragen, sofort entgegenzutreten, und wollen zu deren Erfüllung hiemit gerne auch unser Scherflein nach bestem Vermögen beigetragen haben.

Dr. K. Maurer.

Privatverkehr übertragen, obwohl hier von der Selbsterzeugung eines νομος höchstens noch in dem metaphorischen Sinne die Rede seyn kann, in welchem allenfalls auch die römischen Juristen von einer lex contractus sprechen.

IX.

Ueber den Eigenthumsübergang bei dem handelsrechtlichen Kaufe [1]).

Einleitung.

Wir treffen im Handelsrechte eine Frage, die bisher von der Doctrin nur sehr wenig beachtet, von der Gesetzgebung aber beinahe ganz übergangen wurde. Es ist dieß die Frage nach dem

[1]) Anmerkung der Redaction. Die Redaction hatte zwar anfangs Bedenken, diese Abhandlung in die Kritische Ueberschau aufzunehmen, da dieselbe ohne erhebliche Anregung der neuern Litteratur entstanden, und in der Hauptsache eine neue selbständige Untersuchung ist. Indessen wurde sie doch nach wiederholter Erwägung zur Aufnahme dieses Aufsatzes bestimmt, theils durch das Interesse an dem Gegenstand und durch die neue und zu weiterem Nachdenken anregende Beleuchtung desselben, theils durch die Betrachtung, daß wo eben wie hier die bisherige Litteratur Lücken zeigt, die erst zu erfüllen sind, die Beobachtung der neueren Praxis auch jener Stelle mitvertreten müsse. Die darin behandelte Frage erscheint ihr übrigens noch nicht völlig erledigt, und sie hält es für möglich, daß die kaufmännische Uebung in Einklang zu bringen sey mit den sonst anerkannten Grundsätzen über Besitzesübertragung, ohne daß es nöthig wird für die Factur eine formelle, die reale traditio ersetzende Bedeutung anzusprechen. Wenn es nämlich wirklich in dem großen Handelsverkehr Uebung geworden ist, aus der Uebergabe und dem Empfang der Factur auf die Vollziehung der Uebergabe der Waare an den Käufer zu schließen, so ist das jeden=

Zeitpunkte des Eigenthumsüberganges beim handelsrechtlichen Kaufe. Jene Erscheinung ist um so auffallender, als sich doch in der Handelswelt darüber ein feststehender Gebrauch gebildet hat, und als sich ferner jener Frage eine große praktische Bedeutung nicht absprechen läßt. Diese ihre Bedeutung hat sie besonders durch die Art und Ausdehnung des heutigen Handels erlangt, wo z. B. die Waare, so oft noch unterwegs schwebend, von dem ersten Käufer

---

falls nichts anderes als die herkömmliche Auslegung des Willens der Contrahenten, nicht ein neues juristisches Princip. Unentbehrlich für jede eigentliche traditio ist und bleibt der thatsächliche Besitzesübergang, der sich nicht durch Symbole ersetzen, der aber wohl durch Stellvertretung sich vermitteln läßt. Die freie Stellvertretung hilft uns denn auch hier über die Schwierigkeiten weg, die einer traditio in der Ferne im Wege stehen. Es ist allgemein anerkannt, daß die Uebergabe einer an fremdem Orte liegenden Waare an den hier wohnenden Käufer dann sofort vollzogen worden sey, wenn der Verkäufer sie einem bevollmächtigten Stellvertreter des Käufers übergeben habe, und es kann wohl — ungeachtet das im Handelsverkehr nicht gewöhnlich geschieht — der Käufer einen bestimmten Spediteur oder Fuhrmann ermächtigt haben, für ihn die Waare an fremdem Orte in Empfang zu nehmen. Dann bedarf es natürlich der Factur nicht zur traditio. Der häufigere Fall ist aber der, daß der Käufer keinen Stellvertreter ernannt hat, der für ihn empfange, sondern es dem Verkäufer überläßt, den Spediteur oder Fuhrmann zu bezeichnen, der ihm die Waare übersende oder überbringe. In diesen Fällen ist allerdings die Uebergabe an den Käufer noch nicht in dem Moment vollzogen, in welchem der Spediteur die verpackte Waare zur Versendung oder der Fuhrmann zum Transport übernimmt, weil beide vorerst nicht Stellvertreter des Käufers, sondern Mandatare des Verkäufers sind. Aber wenn der Käufer die Factur empfängt und keinen Widerspruch erhebt, so kann darin nach kaufmännischer Uebung liegen, daß er nun den in der Factur genannten Spediteur oder Fuhrmann auch als seinen Stellvertreter anerkenne: wie denn in Wahrheit Spediteure und Fuhrleute ganz gewöhnlich in doppelter Eigenschaft handeln, zunächst als Stellvertreter der Verkäufer, dann als Stellvertreter der Käufer. Da dieselben von Anfang an geneigt waren auch für den Empfänger zu handeln, dessen Adresse sie annahmen, so bedarf es von ihrer Seite keiner weitern Willensäußerung. Sobald daher der Käufer sie als Stellvertreter anerkannt hat — und wir wiederholen, die stillschweigende Annahme der Factur kann im Verkehr diesen Sinn bekommen haben — so ist durch sie die traditio vollzogen, ganz wie in dem früheren Falle, wo von Anfang an durch sie für den Käufer Besitz ergriffen worden ist. B.

an einen zweiten, von diesem wieder an einen dritten u. s. f. verkauft wird. Zudem wird die richtige Beantwortung dieser Frage auch die Lösung einer andern, nicht weniger wichtigen, nämlich derjenigen nach dem Uebergange der Gefahr, beinahe von selbst mit sich bringen [1]).

In der neuesten Zeit hat Professor Michelsen in seiner „Hausmarke" [2]) den Moment des Eigenthumsüberganges insofern berührt, als er, auf die Verwandtschaft der alten Hausmarke mit dem heutigen kaufmännischen Zeichen aufmerksam machend, diesen letztern ebenso wie jenen Hausmarken die Bedeutung einer Eigenthumsbezeichnung beilegt, und dann auf die aus dem Aufsetzen des Zeichens folgenden Consequenzen für den in Rede stehenden Punkt hindeutet. Es wird sich später Gelegenheit bieten, diese sehr verbreitete, von Michelsen nur auf eine ganz neue Grundlage gestellte Ansicht näher zu beleuchten. Nicht viel besser ergeht es aber unserer Frage von Seite sowohl der ältern als der neuern handelsrechtlichen Schriftsteller, indem sie beinahe alle dieselbe nur beiläufig behandeln, keiner von ihnen aber auf die Sache näher eingeht. Um so mehr wird daher eine genaue Beantwortung der speciellen Frage:

> Wann geht beim handelsrechtlichen Kaufe das Eigenthum der betreffenden Waare an den Käufer über?

gerechtfertigt seyn.

Vorliegende Abhandlung mag als ein Versuch zu deren Lösung dienen, und zwar auf eine mehr als bisher geschehene, auf geltende Handelsgebräuche gestützte Art und Weise. Das gehörige Hervorheben des rein juristischen Momentes ist dadurch keineswegs ausgeschlossen.

---

[1]) A. M. ist Thöl, Handelsrecht §. 74 pag. 260. Vgl. jedoch code de commerce Art. 100.

[2]) Eine germanistische Abhandlung. Jena 1853.

Das römische Recht stellt für den Uebergang des Eigenthums beim Kaufe den Grundsatz auf: das Eigenthum der tradirten Waare geht nicht eher auf den Käufer über, als bis dieser dem Verkäufer den Kaufpreis bezahlt, oder ihn auf irgend eine andere Weise befriedigt hat [1]). Dieser Grundsatz schließt sich so eng der Natur der Sache, dem natürlichen Gefühle an, daß schon deßwegen überall kein Grund vorhanden ist, unnöthiger Weise von dieser gemeinrechtlichen Regel abzuweichen. Ueberdieß ist gerade das Gebiet des Handelsrechtes, wie kein anderes, so reich an selbständigen, nicht selten vom gemeinen Recht ganz abweichenden Grundsätzen, daß ein Anlehnen an letzteres, wenn es die beim Handel allerdings vorkommenden eigenthümlichen Verhältnisse gestatten, sehr wünschenswerth seyn muß; denn dadurch wird einerseits dem Handelsrechte überhaupt eine von bloßen Usancen möglichst unabhängige und damit festere Grundlage gegeben; andererseits auch die Entscheidung handelsrechtlicher Streitigkeiten in constanterer Weise möglich, als dieß nach dem, an den verschiedenen Orten wieder verschiedenen Handelsgebrauche der Fall seyn kann [2]). —

---

[1]) §. 41. J. de rerum divisione. 2. 1., venditæ vero res et traditæ non aliter emtori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato. Ebenso l. 19. D. de contrahenda emtione 18. 1.; l. 53. D. h. t.

[2]) Obige Auffassung könnte leicht zu der Vermuthung führen, als ob der Verfasser an das heutige Handelsrecht durchweg den römischrechtlichen Maßstab anlegen wollte. Keineswegs! Es ist wesentlich verschieden, ob man nur solche Grundzüge des römischen Rechtes, die keinen ausschließlich römisch-nationalen Charakter haben, sondern gleichsam ein Stück jus gentium sind, auch im Handelsrechte zur Geltung zu bringen, oder ob man, z. B. wie Thöl, die moderne Collectivgesellschaft in die Formen der römischen Societät einzuzwängen suche. Der Unterschied liegt darin, daß jene Grundzüge, eben weil sie dieß sind, immer dieselben bleiben, mag die darauf gebaute Entwicklung seyn welche und wie sie wolle, diese Entwicklung selbst aber und ihre Form ein Product der jeweiligen Verhältnisse sind. Die erste Art der Anwendung des römischen Rechtes wird, aus den im Texte angeführten Gründen, dem heutigen Handelsrechte immer von Nutzen seyn. Die zweite dagegen kann höchstens noch in der Theorie, niemals aber in der handelsrechtlichen Praxis Boden fassen, denn diese letztere ist aus jenen engen, römisch-nationalen Formen herausgetreten, und hat sich neue, freiere, durch keine nationalen Gränzen beschränkte geschaffen.

Dieses Anpassen an das gemeine Recht ist nun allerdings, wie in den meisten Fällen, so auch im vorliegenden, nicht so schlechthin, sondern immerhin nur mit einigen Modificationen möglich, Modificationen, die ihren Grund besonders in zwei Verhältnissen des heutigen Handels haben: in dem Creditiren und in den großen Entfernungen, auf welche heutzutage der Handel ausgedehnt ist.

Was das erste dieser Verhältnisse anbetrifft, so findet es sich im römischen Rechte nicht nur angedeutet [1]), sondern der Begriff des Creditirens ist dort auch schon ziemlich genau angegeben [2]). Dieser besteht nämlich, wie ihn auch Heise und Cropp [3]) bestimmen, darin: daß der Verkäufer dem Käufer Vertrauen schenkt, ihm die Waare tradirt und sich mit einem bloßen Zahlungsversprechen begnügt, ohne irgend welche Sicherheit dafür zu besitzen. Dieses Creditiren wird nun ebenfalls schon im römischen Rechte als Analogon der Baarbezahlung aufgeführt, und demgemäß auch in seinen Wirkungen der letzteren gleichgestellt [4]). Es tritt also diese Befriedigung durch Credit ganz einfach an die Stelle der Baarzahlung, ändert mithin auch nicht das Geringste an dem Eigenthumsübergange, weder an dessen Zeit, noch an dessen Art. Der einzige Unterschied, der sich mit Bezug auf dieses Creditiren zwischen der Auffassung des römischen Rechtes und derjenigen von heutzutage findet, ist: daß ersteres das Creditiren mehr nur als Ausnahme von der Regel aufstellt, während in unseren Tagen im Großhandel [5]) die Baarbezahlung die Ausnahme bildet. Das Creditiren kann und muß unbedingt als Regel angesehen werden.

Thöl [6]) unterscheidet bei der Frage des Eigenthumsüberganges drei Arten dieses Creditirens. Er sagt: „Da er jedenfalls creditirt, weil die Zahlung aufgeschoben wird, so ist er immer ein solcher, welcher alienam fidem sequitur, aber entweder fidem

---

[1]) und [2]) l. 19. D. l. c.; l. 53. D. l. c.; §. 41. J. l. c.

[3]) Juristische Abhandlungen Bd. II. S. 425 ff.

[4]) §. 41. J. l. c. in fin. sed si is, qui vendidit, fidem emtoris secutus est, dicendum est, statim rem emtoris fieri.

[5]) Daß nur diese Art des Handels hier in Betracht kommen kann, versteht sich von selbst. Nur der Großhandel ist die eigentliche Quelle handelsrechtlicher Gewohnheiten, und nur seine Normen sind bei handelsrechtlichen Fragen die maßgebenden.

[6]) Handelsrecht Bd. I. S. 238.

rei, oder fidem pignorum, fidejussorum, oder fidem emtoris. Es kommt also darauf an, welche Sicherheit wollte der Verkäufer?" Diese ganze Unterscheidung ist unrichtig, und beruht auf einer irrigen Auffassung des Begriffs des Creditirens. Schon die Anfangsworte: „da er jedenfalls creditirt, weil die Zahlung aufgeschoben wird," enthalten eine Unrichtigkeit. Nicht jedes Aufschieben der Zahlung ist ein Creditiren im eigentlichen Sinne des Wortes. Es ist dieß vielmehr nur ein Einräumen einer Zahlungsfrist — zwei Begriffe, die gänzlich von einander verschieden sind. Zum Creditiren bedarf es keiner Verabredung, es tritt ein, sowie der Verkäufer tradirt, obschon er weiß, daß nicht sofort Zahlung geleistet wird [1]). Von den drei Unterscheidungen, die Thöl macht, entspricht nur und allein die letzte — fidem emtoris sequi — dem Begriffe des eigentlichen Creditirens. Sein fidem pignorum, fidejussorum, rei sequi, ist kein Creditiren mehr. Der Verkäufer findet dabei seine Bezahlung in der Sicherheit, die ihm Bürgen, Pfänder, oder sogar das noch nicht aufgegebene Eigenthum an der betreffenden Waare geben. Es ist dieß also kein eigentliches fidem sequi mehr, kein „auf die Person des Käufers und dessen Solvabilität vertrauen". Gerade dieses einfache Vertrauen aber, dieser Mangel an jeder weiteren Sicherheit bildet das Wesentliche bei dem Begriffe des Creditirens. Von dieser Auffassungsweise geht auch das römische Recht aus. Der §. 41. J. l. c. sagt: ... vel *alio modo* ei satisfecerit, *veluti expromissore aut pignore dato*; zu Ende desselben Paragraph aber heißt es: sed si is, qui vendidit, *fidem emtoris secutus est,* dicendum est etc.; die unter die Worte »alio modo« subsumirten und eine Sicherheit in sich schließenden Zahlungsarten sind also unterschieden von dem »fidem emtoris sequi«, dem eigentlichen Creditiren.

Der Verkäufer findet nach dem Gesagten seine Befriedigung in dem von ihm in die Persönlichkeit des Käufers gesetzten Vertrauen. Das Creditiren stellt sich also als eine sowohl vom Standpunkte des Verkäufers als des Käufers anticipirte Baarbezahlung dar, die aber als solche natürlicherweise an den beiderseitigen Rechten und Verpflichtungen der Contrahenten nicht das Geringste ändert. Gehen wir zu dem zweiten, oben angeführten

---

[1]) S. auch Heise und Cropp a. a. O.

Verhältnisse über, so ist in ihm eigentlich die ganze Aufgabe der vorliegenden Abhandlung gegeben. Es ist nämlich ein sehr gewöhnlicher Fall, daß der Käufer einer Waare diese, noch während ihres Transportes, und zwar als seine eigene, nicht als fremde Waare wieder an einen andern verkauft, und zwar in der Weise, daß die Waare gar nicht in sein — des ersten Käufers — Magazin zu liegen kommt. Da nun ein derartiger Wiederverkauf voraussetzt, daß man dem ersten Käufer schon Eigenthum an der betreffenden Waare zuschreibe, so frägt es sich also: gibt es einen Moment, und welches ist der Moment, der dem ersten Käufer Eigenthum an der betreffenden Waare verliehen hat?

Daß es einen solchen Moment gebe, darüber sind sozusagen alle handelsrechtlichen Schriftsteller einig. Sein inneres Wesen wird gewöhnlich als das einer symbolischen Tradition bezeichnet. Zu dieser Auffassungsweise kam man unstreitig durch den Gedanken an die handgreifliche Tradition der Waare in das Magazin des Käufers, die durch jene symbolische nur nachgeahmt werden soll. Allein in diesem Momente liegt durchaus nichts Symbolisches, so wenig als z. B. nach römischem Rechte in der Uebergabe der Schlüssel eines Hauses [1]). Allen solchen Fällen einer s. g. symbolischen Tradition liegt vielmehr der Gedanke zu Grunde, daß diejenige Handlung die entscheidende sey, durch die der neue Erwerber vollständiger Herr und Meister über die betreffende Sache wird, so daß er jeden Augenblick ungehindert über diese verfügen kann. Ueberdieß ist schon mit dem Begriffe einer Tradition diejenige der Wirklichkeit und Realität so eng verbunden, daß die Annahme der ersteren ohne die letztere eigentlich gar keinen Sinn hat. Dabei hüte man sich nur vor dem Gedanken, daß zur Tradition durchaus ein directes körperliches Ergreifen nothwendig sey. Auch ohne ein solches bleibt die Tradition immerhin eine wirkliche, weil sie dessen ungeachtet die Möglichkeit jener ungehinderten Verfügung vollständig gewährt. — Einzig Thöl [2])

---

[1]) l. g. §. 6. D. de acqu. rer. dom. 41, 1. item si quis merces in horreo repositas vendiderit, simulatque claves horrei emtori tradiderit, transfert proprietatem mercium ad emtorem; ebenso §. 45. J. de rer. div. 2. 1.

[2]) a. a. O. §. 80. S. 281.

ist gegen eine symbolische Tradition, weil, „wenn man nach deutschem Rechte eine solche statuiren wolle, es im einzelnen Falle wesentlich sey, daß nach der Meinung der Interessenten die Handlung eine symbolische Handlung seyn soll.“ Wenn wir nun auch oben überhaupt die Nothwendigkeit der Annahme einer symbolischen Tradition geläugnet haben, so unterliegt es doch keinem Zweifel, daß durch die bestimmte Willensäußerung der Contrahenten jede andere Handlung zu dieser Bedeutung erhoben werden kann, und es wird sich unten Gelegenheit bieten, zu zeigen, daß Handlungen als solchen, die in Wahrheit erst durch den übereinstimmenden Willen der Interessenten als Tradition qualificirt werden können, irrthümlich diese Traditionsfähigkeit und doppelt irrthümlich sogar eine symbolische von vorneherein beigelegt wird.

Die Frage nun aber, welches diese Handlung sey, wird von den verschiedenen Schriftstellern verschieden, sowohl in Bezug auf ihre mögliche Zahl als auf ihre Art, beantwortet. Ein Moment findet sich fast durchgehends in allen Abhandlungen über unsere Frage [1]: es ist dieß der Moment des Aufsetzens von kaufmännischen Zeichen. Gerade diese Ansicht rechtfertigt obige Bemerkung; sie beweist, daß einer Handlung als solcher bestimmte Zwecke unterschoben werden, die sie in der That erst durch hinzukommende äußere Einflüsse zu realisiren vermag. Es läßt sich allerdings nicht läugnen, daß mit diesem Aufsetzen von kaufmännischen Zeichen der Zweck einer Tradition verbunden werden kann; allein soll eine solche Handlung diese Wirkung in Wahrheit haben, so ist dazu noch zweierlei nöthig. Fürs erste darf sie jedenfalls nicht einseitig vom Verkäufer vorgenommen seyn, denn es kommt bei der Uebertragung des Eigenthums ebenso sehr auf die Absicht des Empfängers an, Eigenthümer zu werden, als auf diejenige des Tradenten, Eigenthum zu verleihen. Jene Absicht des Empfängers kann aber bei einer einseitigen Vornahme von Seite des Tradenten jedenfalls nicht als stillschweigend zugegeben angesehen werden. Fürs zweite muß, wenn dieses Aufsetzen auch mit Wissen

---

[1]) So bei Bender, Grundsätze des deutschen Handlungsrechtes Bd. 1. S. 190. — Weiske, Rechtslexikon Bd. 6. S. 52. — Mittermaier, deutsches Privatrecht §. 565. — Pöhls Darstellung des gemeinen deutschen und des Hamburger Handelsrechtes Bd. 1. S. 179.

und Willen beider Contrahenten geschieht, dieser Wille auch bestimmt auf eine dadurch zu bewirkende Tradition gerichtet seyn. Diese auf einen bestimmten Zweck gerichtete Willensäußerung ist hier um so nothwendiger, als jene Handlung an und für sich auch eine andere Bestimmung haben könnte, [1]) wie z. B. Verhütung von Verwechslung der Waare 2c.

Diese Ansicht vertritt — wie schon früher bemerkt — auch Professor Michelsen, indem er pag. 66 seiner „Hausmarke" sagt: „Es sind auch diese kaufmännischen Zeichen dazu bestimmt, das damit gezeichnete „Kaufmannsgut als Eigenthum desjenigen kenntlich zu machen, dessen Werkzeichen es ist." — Sehen wir ganz ab von der etwas auffallenden und weit zurückgehenden Begründung dieser Ansicht, so lassen sich bei obiger Auffassung in Bezug auf dieses Zeichnen drei mögliche Fälle unterscheiden: Der Verkäufer setzt entweder sein eigenes Zeichen oder dasjenige des Käufers auf die Waare, oder der Käufer nimmt diese Handlung sogar selbst vor. Im ersten Falle — der auch weitaus der gewöhnlichste ist — zeigt sich das Irrige und das der Handelspraxis Widersprechende jener Ansicht aufs klarste. Nehmen wir an: Es kauft ein Abwesender eine Partie Waaren mit der Aufforderung an den Verkäufer, ihm dieselbe auf gewöhnlichem Wege zugehen zu lassen. Der Verkäufer setzt nun sein eigenes, gewöhnliches Zeichen auf die Waare und sendet sie ab. Der Käufer aber findet Gelegenheit, die noch unterwegs schwebende Waare wieder zu verkaufen. Er läßt daher an einen seiner Spediteure die Weisung ergehen, die betreffende Waare nicht an ihn, sondern an die Adresse des neuen Käufers zu versenden. In diesem heutzutage täglich vorkommenden Falle hätte also der erste Käufer über eine Waare verfügt und eine Waare verkauft, die nach der in Frage stehenden Ansicht, weil mit dem Zeichen des ersten Verkäufers versehen, gar nicht sein Eigenthum war. Aber auch die natürlichen Consequenzen, die sich aus jener Auffassung für die Frage des Uebergangs der Gefahr ergeben, möchten der Praxis kaum entsprechen. [2])

Fassen wir den zweiten Fall ins Auge — der Verkäufer

---

[1]) S. über diesen Punkt Thöl, a. a. O. §. 79 und Pöhls a. a. O.
[2]) Vgl. wiederum code de commerce Art. 100.

setzt des Käufers Zeichen auf die Waare —: so ist dieß eine Ausnahme von der Regel, die immer durch besondere Gründe hervorgerufen wird. Der gewöhnlichste ist wohl der, daß der Käufer die Waare schon wieder verkauft hat, noch ehe diese von Seite seines Verkäufers an ihn selbst abgesendet wurde. Sein Zweck beim Aufsetzenlassen seines eigenen Zeichens kann aber gewiß nicht seyn, dadurch Eigenthum an einer Waare geltend zu machen, die er schon wieder verkauft hat. Vielmehr sollen die kaufmännischen Zeichen — neben ihren andern möglichen Bedeutungen — auch zeigen, von wem die Waare komme, wer der Verkäufer, nicht aber wer der Eigenthümer sey. — Setzt endlich drittens der Käufer sein eigenes Zeichen im Magazin des Verkäufers auf die Waare, so läßt sich nicht bestreiten, daß der Sinn dieser Handlung Eigenthumsübergang seyn kann, und in diesem Falle es sehr oft seyn wird. Auf der andern Seite ist aber — abgesehen von der ungeheuren Seltenheit dieses Falles im Großhandel — nicht zu vergessen, daß der Zweck auch hier wieder ein ganz anderer seyn kann, daß also alles wieder von dem Willen der Interessenten abhängt.

In obigem Sinne muß nun auch Bender a. a. O., obgleich Vertheidiger dieser Ansicht, Modificationen eintreten lassen, indem er es ebenfalls für wünschenswerth erachtet, daß der das Zeichen aufsetzende Theil den andern Contrahenten jedesmal von dem Geschehenen gehörig unterrichtete. (Dieß geschieht indessen in der Praxis gewiß höchst selten oder gar nie, weil diesem Zeichnen eben keine solche Wichtigkeit beigelegt wird.) Auch er muß zugeben, daß der mögliche Zweck dieser Handlung ein sehr mannichfaltiger seyn könne. Es ist demnach klar, daß das Aufsetzen des kaufmännischen Zeichens nicht schon als solches den Eigenthumsübergang in sich schließt. Ein Moment aber, dessen inneres Wesen veränderlich und dessen Bedeutung von dem jeweiligen Willen der Interessenten abhängig ist, läßt sich unmöglich als allgemeine, in jedem concreten Falle anwendbare Regel aufstellen. Diejenige Handlung, die den Moment des Eigenthumsübergangs bezeichnen soll, muß wenigstens in so weit selbständig dastehen, daß diese Eigenschaft ihr im voraus für alle Fälle zukommt, daß wo sie eintritt, sie diesen Zweck jedesmal realisirt, ohne erst durch den besondern Willen der Contrahenten dazu befähigt werden zu müssen.

Diesen Anforderungen entspricht schon in weit bedeutenderm Grade als die vorige Theorie, die nicht weniger verbreitete [1]) und nicht sehr bestrittene [2]) Ansicht, daß durch Aushingabe und Empfang des s. g. Connaissements der Eigenthumsübergang stattfinde. Bei diesem Connaissement ist nicht außer Acht zu lassen, daß es ein ausschließlich nur beim Seehandel vorkommendes Institut ist, und in Bezug auf Inhalt — wohl zu unterscheiden von dessen rechtlicher Wirkung — in dem Frachtbriefe des Landhandels sein Analogon findet. Die charakteristischen Merkmale dieses Conaissements sind: einmal dessen wenigstens dreifache Ausfertigung, bei welcher Ein Exemplar in den Händen des Versenders bleibt, Ein solches dem Schiffer übergeben und ein Drittes dem Empfänger der Waare übersandt wird; ferner die durch Handelsusance entstandene Möglichkeit, dasselbe durch eine Art von Indossement und dadurch auch das Eigenthum an der betreffenden Waare an Dritte zu übertragen. Wenn nun auch dem Connaissement diese ihm im Seehandel durch Handelsgewohnheit zukommende Kraft nicht abzusprechen ist — juristisch kommt ihm diese so wenig zu, als dem Aufsetzen des kaufmännischen Zeichens — so mangelt dagegen dem ihm entsprechenden Institute des Landhandels, dem Frachtbrief, jede Voraussetzung zu dieser Traditionsfähigkeit. Der Frachtbrief ist immer nur in Einem Exemplar vorhanden, [3]) das dem Fuhrmann übergeben wird, das aber der Käufer nicht eher zu Gesichte bekommt, als bis die Waare selbst in sein Magazin eingeht. Damit muß denn natürlich auch jede Möglichkeit einer Art von Indossement

---

[1]) S. Mittermaier a. a. O. §. 565. — Bender a. a. O. §. 83. — Weiske a. a. O. pag. 52. — Pöhls a. a. O. pag. 178.

[2]) Hauptsächlich Thöl — a. a. O. §. 80 — bestreitet das Vorhandenseyn eines solchen allgemeinen Handelsgebrauches. Ob aber das Läugnen dieser Gewohnheit gegründet sey, möchte angesichts der verschiedenen Entscheidungen deutscher Handelsgerichte sehr zu bezweifeln seyn. Vgl. Gräff, Archiv für das preußische Handels- und Wechselrecht Bd. I pag. 122. — Archiv für Handelsrecht B. I pag. 411.

[3]) Es wird zwar während des Transportes von den Spediteuren auf den verschiedenen Handelsplätzen erneuert, allein mit der neuen Ausfertigung hat der frühere keinen Zweck und keine Wirkung mehr. Es existirt also doch nur Ein Exemplar.

des Frachtbriefes, und damit wieder die Möglichkeit einer Eigenthumsübertragung durch denselben wegfallen.

Es fragt sich aber nun, ob das Connaissement des Seehandels nicht auch in Bezug auf seine rechtliche Wirkung ein entsprechendes Institut im Landhandel finde. Allerdings! Es ist dieß die Factura. [1])

Wir treffen hier wieder die dreifache Ausfertigung. Das eine und zwar das Hauptexemplar wird dem Käufer übermacht; eine Abschrift desselben behält der Verkäufer in seinen Händen, theils wegen der Wichtigkeit dieser Urkunde, theils überhaupt nach der in der ganzen Handelswelt üblichen Sitte, abgehende Briefe zu copiren; das dritte Exemplar bildet der Frachtbrief. Dieser ist eine Abschrift der Factura, so weit es für den Transport der Waare nothwendig erscheint. Sein Inhalt ist daher auch, mit Ausnahme des fehlenden Kaufpreises — der nicht jedem Dritten bekannt zu werden braucht — identisch mit demjenigen der Factura. Der Käufer kann nun, ganz wie beim Connaissement, durch Uebertragung der Factura, die er ja vor der Waare erhält, [2]) auch das Eigenthum an den noch auf dem Transporte befindlichen Waaren an einen Dritten übertragen. [3]) Wenn nun hieraus die Möglichkeit der Eigenthumsübertragung an den noch auf der Reise schwebenden Waaren vermittelst Uebergabe der Factura hervorgeht, so läßt sich doch gewiß kein Grund denken, warum letztere in dem Verhältniß der ursprünglichen und ersten Contrahenten dieser Kraft ermangeln, warum sie also nicht auch gegenüber dem ersten Käufer die Bedeutung der Tradition haben sollte. Es ergibt sich daher folgender Satz:

Die Uebergabe der Factura von Seite des Verkäufers und die ohne Widerspruch erfolgte Annahme

---

[1]) Die Wirkung der Factura hat ihren Grund keineswegs in der mehr nur zufälligen auch formellen Uebereinstimmung mit dem Conaissement — auf die daher auch weiter gar nichts ankommt — und in bloßer Handelssitte; sondern sie ergibt sich mit Nothwendigkeit aus juristischen Gründen, was eben dem Connaissement durchaus mangelt.

[2]) Die Factura soll — und es ist dieß in der Regel auch der Fall — vor Abgang der Waare an den Käufer versandt werden.

[3]) Vgl. Mittermaier a. a. O. §. 565.

derselben von Seite des Käufers begründen den Eigenthumsübergang an der in der Factura bezeichneten Waare.

Die Richtigkeit dieses Satzes, seine Uebereinstimmung mit den allgemeinen rechtlichen Erfordernissen einer jeden Tradition und mit dem eingangs aufgestellten gemeinrechtlichen Grundsatze darzuthun soll nun die weitere Aufgabe seyn.

Als allgemeines Erforderniß einer jeden Traditon finden wir, fürs erste, daß sie sich auf eine justa causa gründe, [1]) d. h. daß ihr entweder irgend ein obligatorisches Verhältniß vorausgehe, oder aber daß ihr eine Thatsache zu Grunde liege, aus deren Vorhandenseyn der Empfänger auf die Absicht des Tradenten: Eigenthum übertragen zu wollen, schließen kann. Die Factura nun begreift diese beiden Requisite der justa causa in sich. Das ihr resp. der Tradition vorangehende obligatorische Verhältniß ist der Kaufcontract. Damit aber aus diesem Vertrage für den Empfänger resp. Käufer eine auf das Eigenthum der Sache gerichtete Forderung begründet werde, ist vor allem die Perfection des Vertrages nothwendig. Mag nun auch die Frage über den Zeitpunkt der eingetretenen Perfection eines unter Abwesenden schriftlich verhandelten Vertrages controvers seyn: [2]) so ist doch außer allem Zweifel, daß der Zeitpunkt der Uebergabe der Factura eher mehr als weniger denn die eingetretene Perfection ist. Ja die Handelspraxis neigt sich — so viel ich in Erfahrung brachte — sehr bedeutend zu der Annahme hin, daß mit dem Empfange der Factura, und auch nur erst mit diesem Momente, der Kauf perfect sey. Jedenfalls also steht mit dem Zeitpunkte der Uebergabe der Factura hinsichtlich der Perfection des Vertrages dem Eigenthumsübergange nichts mehr hindernd im Wege. Vollkommen klar aber muß dem Empfänger die Absicht des Tradenten, wirklich Eigenthum übertragen zu wollen, durch den Inhalt der Factura werden, der sowohl den geschehenen Kauf resp. Verkauf mit ausdrücklichen

---

[1]) L. 31. D. de acqu. rer. dom. 41. 1.

[2]) S. darüber: Thöl a. a. O. §. 57. — Archiv für civilistische Praxis B. 2. Nr. 25. Die Controverse selbst: ob die bloße Acceptation genüge oder ob diese dem Promittenten auch wieder bekannt geworden seyn müsse, ist hier irrelevant.

Worten anzeigt, als auch den Kaufpreis und die Art der stattzufindenden Bezahlung angibt.[1])

Es kommt nun aber zweitens nicht bloß die Absicht des Tradenten, Eigenthum zu übertragen, in Betracht, sondern es ist, da die Tradition an und für sich nur Besitz überträgt, auch die Absicht des Empfängers: Eigenthümer zu werden, wichtig. Diese Absicht wird in praxi als vorhanden angenommen, sobald der Käufer nach Empfang der Factura dieselbe durch sein Stillschweigen billigt, sich stillschweigend mit dem Inhalt — dem Kaufpreise, den Conditionen, nach denen die Zahlung geschehen soll ꝛc. — einverstanden erklärt. Diese stillschweigende Acceptation der Factura ist aber streng zu unterscheiden von dem Empfange der Waare. Abgesehen davon, daß dieser Empfang im eigentlichen Sinne des Wortes nicht vor der Ankunft der Waare möglich ist, schließt die technische Bedeutung des Wortes „empfangen" auch ein Billigen der Waare in sich.[2]) Zur Zeit des Empfanges der Factura aber kann der Käufer noch nicht beurtheilen, ob die Waare z. B. musterconform, ob sie der versprochenen Qualität entsprechend sey oder nicht. Die ohne Widerspruch erfolgte Acceptation der Factura befreit also den Verkäufer nicht von der Verpflichtung die in Bezug auf die Qualität der Waare aufgestellten Bedingungen zu erfüllen, benimmt aber dem Käufer auch das Recht nicht, im verneinenden Falle die Annahme der Waare bei ihrem allfälligen spätern Eingange ins Magazin noch zu verweigern.

Wenn sonach die aufgestellte Theorie den allgemeinen Erfordernissen einer Tradition überhaupt entspricht: so ist dieß noch in weit höherem Grade der Fall, wenn wir den eingangs aufgestellten Grundsatz für den Eigenthumsübergang beim Kaufe als Maßstab an dieselben anlegen. Da zeigt sich deutlich, daß die

---

[1]) Die Factura lautet gewöhnlich:

„Factura für N. N. über auf ihre Ordre eingekaufte und für ihre Rechnung und Gefahr durch . . . . verladen . . . . "

Der Ausdruck „eingekaufte" rührt daher, daß die meisten Kaufleute in den Seeplätzen sich als bloße Commissionäre geriren.

[2]) In diesem Sinne spricht man auch von einer „empfangbaren" Waare.

Factura und nur sie es ist und seyn kann, der mit Recht die Kraft der Tradition beigelegt werden darf. Der Inhalt jenes Grundsatzes geht dahin, daß beim Kaufe das Eigenthum der tradirten Waare erst mit der Befriedigung des Verkäufers für den Kaufpreis übergehe. Die identische Wirkung der beiden Arten der Befriedigung — der Baarbezahlung und des Creditirens sowohl für den Verkäufer als den Käufer — ist schon oben dargethan worden. Nun gibt es aber und kann es, nach der ursprünglichen Bestimmung als Verkaufsrechnung, keine Factura geben, die nicht den Kaufspreis und die Zeit und Art von dessen Bezahlung enthielte. Ist der Kauf ein Creditkauf — welcher Fall bisher immer allein in Betracht kam — so muß mit dem Augenblicke der Uebergabe der Factura sich der Verkäufer für befriedigt halten; und zwar befriedigt durch das Vertrauen in die Person des Käufers, da er ja nach dem aufgestellten Begriffe des Creditirens keine andere Sicherheit für die Bezahlung, namentlich kein Eigenthum mehr an der betreffenden Waare besitzt. Der Kaufpreis ist daher mit der Uebergabe und dem Empfange der Factura ebenfalls für creditirt zu halten, und damit auch diesem letzten Requisite durch die Factura Genüge geleistet. Gerade dieser Punkt ist es, der bei den früher angeführten Theorien eine unausfüllbare Lücke läßt und das Connaissement juristisch zur Tradition unfähig macht; eine Lücke die auch durch keine andere der auf Eingehung und Abschluß des Kaufes bezüglichen Urkunden ersetzt werden kann, da unter diesen allen nur die Factura die nothwendige Befriedigung des Verkäufers involvirt.

Es mag hier noch der Ort seyn, eines auf die vorliegende Frage Bezug habenden, von einem preußischen Gerichte ausgesprochenen Urtheiles [1]) zu erwähnen, das leicht die Vermuthung erwecken könnte, als ob neben der Uebergabe der Factura auch noch diejenige des Frachtbriefes erforderlich wäre. Der Inhalt des erstinstanzlichen Urtheiles in derselben Frage geht, übereinstimmend mit der hier durchgeführten Ansicht, dahin daß das

---

[1]) S. Gräff, Archiv für das preußische Handels- und Wechselrecht B. 1. pag. 122 ff.

Eigenthum an den auf dem Transporte befindlichen Waaren durch Uebertragung der bloßen Factura übergehe. [1])

Dieser Ansicht entgegen entschied aber die zweite Instanz: daß neben der Uebertragung der Factura auch noch diejenige des Connaissements nöthig sey. Das Urtheil selbst und schon das Vorkommen des Connaissements zeigen, daß hier wieder seehandelsrechtliche Verhältnisse in Rede stehen. Tragen wir nun diese Verhältnisse, so weit möglich, auf den Landhandel über, nehmen wir also hauptsächlich die Waare als noch auf dem Transporte befindlich an, so frägt sich vor allem aus: Kann der erste Käufer resp. der Verkäufer neben der Factura noch eine dem Connaissement entsprechende Urkunde aushingeben? Keineswegs! Außer der Factura hat er rein nichts einem Frachtbriefe Aehnliches in Händen; den Frachtbrief selbst aber erhält er, wie schon bemerkt, erst bei der Ankunft der Waare, und ihn, der eigentlich nur Leitschein für den Fuhrmann ist, ersetzt die Factura vollständig: denn sie enthält, wie jener, Zeichen, Numero, Gewicht der Waare, die Zeit der Versendung und durch wessen Vermittlung diese erfolgt.

Die auf dem Transporte schwebende und wieder verkaufte Waare aber gelangt dadurch an den neuen Käufer, daß der Verkäufer einem der auf allen bedeutenden Handelsplätzen vorhandenen Spediteure die Anweisung zukommen läßt, die bei ihm angelangte oder noch anlangende Waare an die Adresse des neuen Käufers zu spediren. Dieser Spediteur fertigt alsdann einen neuen Frachtbrief aus, der aber dem Empfänger der Waare ebenfalls nicht vor deren Ankunft zukommt. — Aus diesen wenigen Bemerkungen geht die Unmöglichkeit für den Käufer resp. Verkäufer hervor, im Landhandel für die geschehene Tradition neben der Factura noch eine andere Urkunde vorzuweisen. Für den Seehandel aber läßt

---

[1]) Es kommt zwar in diesen Urtheilen nicht das Verhältniß zwischen ursprünglichem Verkäufer und Käufer, sondern dasjenige zwischen letzterm als Verkäufer und einem neuen Käufer in Betracht; allein der Ort, wo die zu verkaufende Waare liegt, ändert an dem Principe nichts. Ueberdieß wird selten die ursprüngliche Factura des ersten Verkäufers durch ein einfaches Indossiren übertragen; sondern der erste Käufer resp. Verkäufer wird eine neue Factura ausstellen, da ersteres ja, wenn nicht eine besondere Provision ausbedungen wird, ein Verkaufen „im kostenden Preise" wäre.

sich, wenn auch nicht die absolute Nothwendigkeit, so doch die Wünschbarkeit der gleichzeitigen Uebergabe des Connaissementes nicht in Abrede stellen. Denn wenn beim Landhandel der Spediteur den Befehl erhält, die Waare an den neuen Käufer und nicht nach ihrem ursprünglichen Bestimmungsorte zu versenden, so tritt damit natürlicherweise meistens wieder ein neuer Frachtführer auf. Dieser erhält nun mit dem Frachtbrief die Adresse des neuen Empfängers und zwar nur diese; der erste Käufer ist und bleibt für ihn eine unbekannte Person. Nicht so beim Seehandel. Für den Schiffer existirt als Empfänger der Waare nur der erste Käufer, dessen Name auf dem in seinen Händen befindlichen Connaissement bezeichnet ist. Wird diese nun wieder verkauft, so mag es allerdings — da den Schiffer von dem geschehenen Verkaufe zu benachrichtigen sehr schwierig, oft sogar unmöglich ist — sehr zweckdienlich seyn, wenn der neue Käufer sich durch das übertragene Connaissement als solcher und als berechtigter Empfänger ausweist. Nothwendig ist, wie gesagt, diese Uebertragung nicht; die Factura könnte auch hier denselben Dienst leisten, da ihr Inhalt ein noch speciellerer, als der des Connaissements ist.[1])

Eine auffallende Erscheinung ist es, daß in den verschiedenen Handelsgesetzbüchern der Frage des Eigenthumsübergangs oft nicht einmal Erwähnung gethan, oder wenigstens der Moment desselben selten genau und bestimmt fixirt ist. Am ausführlichsten und bestimmtesten spricht sich über diesen Punkt das portugiesische Handelsgesetzbuch in seinem Tit. IX. Art. 472 aus, dort heißt es: [2])

Sont considérées comme livraison . . . . la remise et l'acceptation de la facture sans opposition de l'acheteur.

---

[1]) Ein näheres Eingehen auf die Stellung der Frachtführer und Spediteure liegt außer der Gränze gegenwärtiger Abhandlung, die nur die unmittelbare Tradition zwischen Verkäufer und Käufer erörtern soll. Jedenfalls würde aber auch die theoretische Behandlung jener Frage an Klarheit und Einfachheit gewinnen, wenn man einerseits die Möglichkeit der Stellvertretung mehr beachten, und anderseits nicht vergessen würde, daß alle jene Personen die betreffenden Handlungen zu ihrem Berufe machen.

[2]) Bei Sainte-Joseph, concordance entre les Codes de commerce étrangers et le code de commerce français. (Paris 1844) pag. 28.

Zwar führt dieser Artikel auch noch andere Momente an, die der Tradition gleich kommen sollen; so z. B. auch die Uebergabe der Waare an den Fuhrmann. Diese Handlung, mit der auch das allgemeine preußische Landrecht [1]) die Uebergabe für vollzogen hält, bedarf aber doch wieder der Anzeige an den Käufer, damit dieser, nach dem allgemeinen und auch vom Pr. L. R. [2]) aufgestellten Erforderniß, seine Absicht, Eigenthümer wirklich werden zu wollen, kundthun kann. Diese Anzeige geschieht aber am frühesten und eigentlich ausschließlich nur durch die Factura. [3]) Das läßt sich natürlich nicht bestreiten, daß allen in dem Artikel 472 des portugiesischen Gesetzbuches angegebenen Handlungen die Bedeutung der Tradition verliehen werdern kann, sobald nur die Absicht der Contrahenten ihnen diese Wirkung zuertheilt; allein von sich aus, als solche hat nur die Uebergabe der Factura diese Kraft aus den schon mehrfach erwähnten Gründen. Der *Code de commerce,* von dem wohl die bestimmteste Lösung unserer Frage zu erwarten wäre, läßt uns ganz im Stiche. Eine einzige, in der That aber kaum erwähnenswerthe Andeutung gibt er in seinem Art. 100, der sagt:

La marchandise sortie du magasin du vendeur ou de l'expéditeur vayage . . . aux risques et périls de celui, à qui elle appartient.

Wer aber Eigenthümer sey, und da dieß unbestrittener Maßen der Käufer ist, [4]) durch welche Handlung er dieß geworden: diese Punkte läßt der Code unerörtert. Ein negatives Resultat liefert er zwar noch in Beziehung auf den Frachtbrief. Er gibt in seinem Art. 101 dessen Stellung im Handel, dessen Inhalt, Form ꝛc. sehr ausführlich an, erwähnt aber dessen Traditionsfähigkeit mit keinem Worte, und liefert so einen Beweis gegen die Ansicht, die dem Frachtbriefe die Wirkung des Connaissements beilegen möchte.

---

[1]) Tit. XI. Th. I. §. 128.

[2]) Tit. VII. Th. I. §. 63.

[3]) Gerade diese vom allg. preuß. Landrecht dem Fuhrmann angewiesene Stellung ist durchaus unpraktisch; s. S. 17 Anm. 1.

[4]) S. über diesen Punkt: *Rogson,* code de commerce expliqué par ses motifs et par des exemples. ad. art. 100 pag. 31.

Eine ganz abweichende Bestimmung enthält der *code civil* in seinem Art. 1583, der lautet:

Elle (la vente) est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livré ni le prix payé.

Dieser Artikel steht mit dem gemeinen Rechte zwar in directem Widerspruche, indem letzteres sich keineswegs mit der Perfection des Vertrages begnügt, sondern die Tradition zum Eigenthumsübergange verlangt; allein der Code lehnt sich bei dieser Bestimmung an die schon oben angedeutete Handelspraxis an, der zufolge der Kaufcontract erst mit der Uebergabe der Factura für perfect zu halten ist. Ist dieß der Fall, so kommt natürlich dieser Factura auch wieder die Wirkung der Tradition zu, und damit verliert dann der Inhalt dieses Artikels sein Auffallendes. [1])

Außer diesen wenigen Gesetzen findet sich in den übrigen, besonders in dem reichhaltigen Werke der von Sainte Joseph gesammelten Gesetzgebungen der vorliegenden Frage mit keinem Worte Erwähnung gethan. Nicht besser steht es mit Bezug auf die Schriftsteller auf dem handelsrechtlichen Gebiete. Wird die Frage überhaupt behandelt, so findet sie ihre Beantwortung mit wenigen Ausnahmen — z. B. Mittermaier a. a. O. — immer nur in den zwei schon erwähnten Momenten: in dem Aufsetzen von kaufmännischen Zeichen und in der Uebertragung des Connaissements. Die hier vertheidigte Ansicht aber wird nirgends bestimmt ausgesprochen und consequent durchgeführt, wenn gleich sich hie und da einzelne Anklänge an dieselbe finden. So gesteht z. B. auch Wilda in Weiske's Rechtslexicon [2]) der Factura einen ähnlichen Gebrauch zu, wie dem Connaissement, indem durch dieselbe „die Uebertragung des Besitzes der darin verzeichneten Waaren bewirkt werden könne." Dieses Nebeneinandersetzen der Factura und des Connaissements in ihren Wirkungen rechtfertigt auch die frühere Behauptung, daß

---

[1]) Mit dem citirten Art. 1583 stimmt noch überein: *Pardessus* cours de droit commercial — bearbeitet von Schiebe — Nr. 277. S. 261. Der sich übrigens auf diese Frage auch nicht näher einläßt.

[2]) B. 6. S. 52.

erstere das Analogon des letzteren sey. Die Ansicht von Treischke,[1]) daß die Uebertragung des Eigenthums erst erfolge, wenn einerseits der Verkäufer dem Käufer die Waare in der Absicht, ihn zu deren Eigenthümer zu machen, übergibt, anderseits der Käufer das Kaufgeld bezahlt, oder der Verkäufer ihm deßhalb Glauben geschenkt (also creditirt) hat; — diese Ansicht ist eigentlich nur eine Zergliederung des an die Spitze dieser Abhandlung gestellten Grundsatzes, und kann daher, besonders für den zweiten Theil, ihren Anhaltspunkt nur in dem Herbeiziehen der Factura finden.

Der ganzen bisherigen Darstellung lag der Gedanke einerseits eines Kaufes unter Abwesenden, anderseits eines Kaufes auf Credit zu Grunde. Wenn auch ersteres hauptsächlich den eigentlichen Großhandel, der Creditkauf ferner unbedingt die Regel gegenüber dem Baarkaufe bildet: so sollen doch, um der Vollständigkeit willen, auch die entgegengesetzten Voraussetzungen zu Grunde gelegt und auch bei diesen und ihrer Verbindung die Stichhaltigkeit der vertheidigten Theorie gezeigt werden.

Denken wir uns daher fürs erste einen zwischen Abwesenden unter der Bedingung von Baarbezahlung geschlossenen Kauf, so frägt sich: wann soll die Baarbezahlung erfolgen? Vielleicht erst nach geschehener Ankunft der Waare beim Käufer? Eine solche Baarzahlung könnte unter Umständen für den Verkäufer nachtheiliger werden, als ein Credit auf einige Wochen oder Monate! Nein! Eine bedungene Baarzahlung muß nach ganz allgemeiner Handelssitte erfolgen mit dem Empfange der Factura. Ja sogar, der Tag der Ausstellung der Factura wird als maßgebend angenommen, denn von diesem Zeitpunkte an werden allfällige Verzugszinsen berechnet.[2]) Was kann nun aber in diesem Falle die Factura für eine andere Bedeutung haben, als daß der Verkäufer durch ihre Uebergabe dem Käufer die Waare tradiren, ihn zum Eigenthümer machen will? denn

---

[1]) Kaufcontract S. 199.

[2]) Diese ganz constante Uebung liefert den besten Beweis, welche Bedeutung der Factura beigelegt wird, und wie wenig der Handelsgebrauch geneigt ist, in deren Uebergabe und Empfang etwas bloß Symbolisches zu sehen. Es ist etwas Wirkliches, Reelles, das auch wieder seine reellen Folgen hat.

ohne dieß wäre Forderung und Verpflichtung zur Baarbezahlung eine unbegründete, man müßte denn annehmen der Käufer hätte mit der Bezahlung den Anfang zu machen, wodurch aber das ganze Geschäft seinen Charakter verändern und zu einem Pränumerationskaufe umgewandelt würde.

Wenn auch das Resultat dieser Abhandlung nach des Verfassers fester Ueberzeugung mit der heutigen Handelspraxis vollständig übereinstimmt: so läßt sich allerdings nicht bestreiten, daß ein großer Theil der Handelswelt der Factura diese Bedeutung noch ohne klares Verständniß der Gründe, sondern mehr nur nach einem sicheren, praktischen Tacte beilegt. Stellt sich aber die Wissenschaft in Zukunft bei der Behandlung solcher handelsrechtlichen Fragen mehr auf den Boden des praktischen Lebens, so wird auch in die mehr mechanische Uebung Leben und Bewußtseyn kommen.

Dr. Heinrich Näf.

X.

Die wirthschaftliche Rechtsordnung der deutschen Dörfer.

Georg Ludw. v. Maurer. Einleitung zur Geschichte der Staats-, Hof-, Dorf- und Stadtverfassung und der öffentlichen Gewalt. München 1854.

Dr. Georg Landau. Die Territorien in Bezug auf ihre Bildung und ihre Entwicklung. Hamburg und Gotha 1854.

Dr. G. Waitz. Zur deutschen Verfassungsgeschichte in der Kieler allgemeinen Monatsschrift für Wissenschaft und Literatur. 1854. S. 100 ff. S. 255 ff.

I. Deutsches Grundeigenthum.

Jedermann weiß wie äußerst zähe der deutsche Bauer an den hergebrachten Rechten und Sitten festhält; wie er sie von den Vätern ererbt hat, so überliefert er dieselben wieder an die nachfolgenden Geschlechter. Der Landbau und die Bodencultur überhaupt in Deutschland sind daher seit vielen Jahrhunderten in der Hauptsache sich gleich geblieben; und es kann uns nicht befremden, wenn eine sorgfältige Untersuchung der gegenwärtigen Bodenvertheilung und der jetzigen bäuerlichen Rechtszustände die ursprünglichen Grundformen wieder findet, welche schon vor Jahrtausenden von den erstern bäuerlichen Ansiedlern bei der Besetzung des Landes beachtet worden sind. Hinwieder gewährt aber die gründliche Kenntniß der ursprünglichen einfacheren Grundlinien und Grundverhältnisse eine tiefere Einsicht in die Natur auch der seitherigen

Wandlungen, welche dieselben im Laufe der Jahrhunderte doch erfahren haben, und in die Bedürfnisse der Gegenwart.

In neuerer Zeit haben vorzüglich zwei deutsche Rechtsgelehrte, und glücklicherweise beide mit einem durch die Beobachtung des realen Lebens geschärften Blicke, diesen Gegenstand näher untersucht und ihre Forschungen darüber veröffentlicht. Die gleichzeitig erschienenen Schriften von Landau und v. Maurer, die sich wechselseitig ergänzen, haben unsere Kenntniß dieser Beziehungen wesentlich bereichert. Wir gedenken in den folgenden Blättern einige Ergebnisse, die wir jenen fleißigen Arbeiten entnehmen, mitzutheilen, und die bei der Erwägung derselben neu gewonnenen Grundbegriffe so bestimmt als es uns möglich ist zu präcisiren.

Haben die alten Germanen schon wie Landau voraussetzt, ein Eigenthum an dem Boden gekannt, oder ist dasselbe erst später — wie v. Maurer annimmt — nach der Völkerwanderung entstanden? Und wenn es später erst entstand, ist es von den Römern den Deutschen gelehrt worden, oder haben diese es selbständig als nationales Institut ins Leben gerufen und fortgebildet? Die Frage ist erlaubt, da es dem scharfen Weltblick Cäsars zu seiner Zeit vorkam, es haben wenigstens die suevischen Völker kein Eigenthum am Boden, sondern sie benutzen denselben nur vorübergehend und wechselnd, wie Nomaden.

Verstehen wir unter Eigenthum am Boden jede dauernde Herrschaft der Menschen über den Boden, die zu eigenem Rechte geübt wird, so läßt sich mit Sicherheit nachweisen, daß die Deutschen schon in der ersten Zeit ihrer Geschichte ein Eigenthum am Boden gekannt haben, und daß dem Bericht Cäsars ein Irrthum zu Grunde liege, wahrscheinlich eine mißverstandene Angabe über ein abnormes Verhältniß der auf einem Wanderzug nach einer neuen Heimath suchenden Sueven zum Theil auch eine unrichtige Auffassung der deutschen Feldgemeinschaft. Auch so weit gefaßt aber ist der Begriff des Grundeigenthums erst den europäischen Völkern aufgegangen. Die Asiaten, sogar wenn sie Ackerbau trieben, hielten sich noch an die Uranschauung, daß die Erde Gottes, nicht des Menschen sey, und verstatteten den Menschen daher keine dauernde, keine Herrschaft zu eigenem Rechte über den Boden, sondern nur abgeleiteten Besitz und Nutznießung. In so weitem Sinne wird auch v. Maurer ein ur-

altes deutsches Grundeigenthum zugestehen; denn dann umschließt das Wort offenbar auch das Gesammteigenthum der Familie oder der Gemeinde oder des Volksstammes.

Verstehen wir aber unter Eigenthum, wie denn die deutsche Sprache schon vor Jahrhunderten die Neigung dazu zeigt, nur das individuelle Sondereigenthum einer einzelnen Person, die wesentlich für sich, nicht in Gemeinschaft mit andern Genossen Rechtsherrschaft hat und übt über ein Grundstück, so lassen sich die Zweifel über das Alter dieses Eigenthums um so eher begreifen, als noch sehr spät im Mittelalter, und in gewissen Beziehungen sogar heute noch der Deutsche das Sondereigenthum nicht ebenso als absolutes und ausschließlich nur dem Individuum zugehöriges, der beliebigen Verfügung der Person unterworfenes Gut auffaßt, wie der Römer sein Dominium betrachtet hat, vielmehr der Deutsche mit dem Gedanken individueller Beherrschung den der relativen Gebundenheit und Unveräußerlichkeit des Gutes im Interesse der Familiengemeinschaft oder der Gemeinde- oder Staatsordnung zu verbinden liebt, und so den ausschließlichen Egoismus des Eigenthümers durch die Rücksicht auf die Gesammtheit ermäßigt und beschränkt. Es darf ferner als historische Gewißheit angesehen werden, daß der Begriff des Eigenthums als der vollen und ausschließlichen individuellen Herrschaft der Person über die Sache, der früher schon auch von andern Völkern mit Bezug auf die beweglichen Sachen verstanden worden ist — diese sind ja häufig ein Werk des Menschen und immer seiner Willkür völlig unterworfen — zuerst von den Römern auf den Boden ausgedehnt, und zuerst von den römischen Juristen mit rücksichtsloser Schärfe als absolute Individualherrschaft ausgebildet, und so den folgenden Geschlechtern als allgemeine Rechtsregel überliefert worden sey. Auch das ist sicher, daß der Gegensatz der Rechtsherrschaft und der thatsächlichen Herrschaft, von Eigenthum und Besitz den Deutschen noch nicht völlig und noch nicht in allen Consequenzen klar geworden ist, bevor sie durch die Römer auch darüber neue und wichtige Aufschlüsse empfangen haben.

Dessen ungeachtet scheint uns aber auch das offenbar, daß die Deutschen den Begriff des Sondereigenthums im germanischen

Sinne, d. h. eines Eigenthums an dem Grundstück, welches voraus und wesentlich dem Individuum für sich zu eignem Rechte zugehört, und nach seinem Tode seinen Erben anfällt, nicht von den Römern entlehnt, noch erst seitdem sie mit den Römern in Berührung gekommen, gefunden haben. Es ist schwerlich ein Zufall, daß die deutsche Rechtssprache den Ausdruck „Eigenthum" — was mir eigen ist, mir „angehört" — dem Worte „Herrschaft" vorgezogen, die römische umgekehrt das Wort »dominium« gewählt und das Wort »proprietas« hintangesetzt hat. Wir betonen die naturgemäße Beziehung der Sache zur Person, der Römer hat die Gewalt dieser über jene hervorgehoben. Es entspricht dieser verschiedenen Betonung der obige Unterschied in dem Rechtsgedanken selbst. Das deutsche Eigenthum erscheint durch die Rücksicht auf die objectiven Verhältnisse beschränkt, das römische dominium ist absolute Macht des Herrn. Der deutsche Begriff ist daher jedenfalls ein eigenthümlich ausgeprägter, nicht ein bloß erborgter.

Der sicherste und meiner Ansicht nach durchaus entscheidende Beweis für die Ursprünglichkeit des deutschen Sondereigenthums aber liegt in der Hof- und Huben- oder Hufen-Verfassung der Dörfer, die wir schon in den ältesten Zeiten und vor der Völkerwanderung finden, die von der römischen Bodeneintheilung durchaus verschieden ist, und auf eine andere als die römische Bodencultur hinweist, die überall unter den germanischen Stämmen verbreitet erscheint, auch wo keine Anleitung durch die Römer denkbar ist. Wir stimmen hier völlig der Bemerkung Landau's bei (S. 97): „Die Theilung der Fluren in Hufen ist etwas Uranfängliches und zwar in dem Grade, daß sie als das älteste historische Denkmal betrachtet werden muß; und ebenso alt erscheint auch die Feldordnung, nämlich der Wechselbau nach drei Feldern, und demnach auch unsere Landwirthschaft. Diese Hufenordnung hat sich auch nicht allmählich entwickelt, sondern ist von Anfang an dieselbe gewesen, und es muß also das Volk welches unsere Hufen zuerst anlegte, ein eingewandertes gewesen seyn und die Kenntniß von deren Ordnung aus seiner alten Heimath mitgebracht haben."

Diese germanische Hubenordnung hält die Mitte zwischen der römischen Agrarverfassung, welche die volle und ausschließ-

liche Individualherrschaft sichert, und der slavischen Landgemeine, welche kein sicheres Sondereigenthum verstattet, sondern nur den Genuß der gemeinen Güter wechselnd vertheilt. In dem Hofe sondert sie die Herrschaft des einzelnen Mannes sorgfältig von den Nachbarn ab und steigert hier das Sondereigenthum beinahe bis zu der Ausschließlichkeit des römischen dominum; auf dem offenen Felde aber bewahrt sie auf der einen Seite das feste Sonderrecht des Hofbauern für ihn und seine Erben, und hält gleichzeitig auf der andern Seite den Zusammenhang der Nachbarn in gemeinsamer und genossenschaftlich geordneter Bestellung und Ernte fest; und auf der eigentlichen Gemeinweide und in dem Gemeinwalde endlich zieht sie keine Gränzen mehr zwischen dem Gebiete des einen und dem andern, sondern überläßt, der slavischen Gemeinschaft sich annähernd, „Wunn und Weide" des unvertheilten Bodens dem gemeinsamen Genuß der Dorfgenossen.

2. Die Anlage der Urdörfer.

Manche heutige Dörfer sind nachweisbar aus alten Einzelhöfen entstanden, deren Umfang weit genug war, um unter zahlreiche Bauernfamilien vertheilt eine ganze Genossenschaft zu ernähren. Aber diese Fälle sind viel seltener als man früher anzunehmen pflegte. Die meisten noch vorhandenen Dörfer sind entweder Urdörfer, d. h. schon bei der ursprünglichen Besitznahme des Landes entstanden, oder sie sind im Laufe der Zeit aus Bestandtheilen von Urdörfern erwachsen. Von der letztern Art sind wohl meistens die zahlreichen benachbarten Dörfer, die durch einen gemeinsamen Namen verbunden erscheinen, aber sich durch die Nebenbezeichnung Ober und Nieder, Groß und Klein, Ober, Mittel und Unter, Hoch und Nieder, Alt und Neu unterscheiden (v. Maurer S. 177). Die Theilung kann gleichmäßig und zu gleichem Rechte geschehen seyn. Dann ist das in seinen Theilen herangewachsene Urdorf selbst gleichsam in zwei oder drei Dörfer aufgelöst worden, von denen jedes wieder den Charakter eines Urdorfs hat. Oder der eine Theil ist nur durch Ablösung von dem Urdorf und in einem Verhältniß der Ableitung und Abhängigkeit von jenem zu einem neuen Dorf geworden. Dann ist das erste allein Urdorf geblieben, das andere als Tochterdorf dem Mutterdorfe untergeordnet.

Von Anfang an gab es Einzelhöfe und Urdörfer neben einander in Deutschland. Aus jenen sind zuweilen Dörfer hervorgegangen; aber auch Urdörfer und häufiger noch während des Mittelalters in die Abhängigkeit von Einzelhöfen gerathen, die zu Rittergütern und Herrschaften geworden sind. In den Einzelhöfen erkennen wir die Anlage zu aristokratischer Absonderung und Grundherrschaft, in den Urdörfern, voraus in den freien (dem eigentlichen Athelby des Nordens), die wirthschaftliche Darstellung der uralten Genossenschaft einfacher freier Bauern, also die ländlich-demokratische Natur. Während des aristokratischen Mittelalters nahm das Ansehen und die Macht der Herrenhöfe zu, und breitete sich über die Dörfer und innerhalb der Dörfer aus; als das Mittelalter der Neige zuging, und die neue Zeit vorbereitet war, starben die Vorzugsrechte jener ab, und es hob sich die Freiheit der Dörfer wieder nun so allgemein, daß auch die ursprünglich hörigen Dörfer gleich den altfreien an dem neuen Wachsthum derselben Antheil bekamen. Die Geschichte dieser Bewegung und Veränderung gewinnt nur im einzelnen volle Anschaulichkeit. Aber die von dem Zeitgeist bedingte allgemeine Richtung derselben ist in Deutschland allenthalben dieselbe.

Wir lassen hier die Einzelhöfe zur Seite, und betrachten nur das eigentliche Dorf, voraus das freie, in welchem die Grundformen am reinsten und deutlichsten erscheinen. Das Wort Dorf, mit turba verwandt, bezeichnet die Verbindung, die Sammlung der Dorfgenossen. „Dorf halten", „zu Dorf kommen", bedeutet heute noch sich versammeln. Aber die Verbindung ist nicht so enge, nicht so einheitlich, wie die zur Stadt. Der Begriff des Dorfes im Gegensatze zu dem römischen der civitas oder des municipium, und im Gegensatze auch zu dem der deutschen Stadt ist ein ursprünglich germanischer. Das Dorf ist die organische Verbindung der Dorfgenossen zunächst zur Bewirthung des ihnen zugehörigen Landgebiets, der Mark. Im engern Sinne bezeichnet Dorf auch die beisammenliegende Häusergruppe der Dorfgenossen, die zwar auch sichtbar zu einem Ganzen verbunden ist — sie ist von einem gemeinsamen Zaun, dem „Dorfetter", umzogen und umfriedet — aber nicht so enge wie die Häuser an den städtischen Gassen mit ihren gemeinsamen Mauern. Es ist vielmehr der germanischen Dorfanlage

eigen, wie schon Tacitus beachtet hat, daß jedes Haus für sich steht, nach allen Seiten frei, und rings umher von dem eigenen Zaun umschlossen. »Vicos (Dörfer) locant non in nostrum morem, connexis et cohærentibus ædificiis; suam quisque domum spatio circumdat.« (Germ. 16.) Es gibt kein sprechenderes Bild und keine bessere Gewähr der Neigung des deutschen Bauern zu selbstständiger Wirthschaft und zu in sich abgeschlossenem Familienleben als diese völlige Abtrennung und Umzäunung der Höfe und Hofräume. Er will nicht im Ganzen aufgehen, heiße dieses Ganze Gemeinde oder Staat; er will für sich seyn. Dann erst, wenn er dessen sicher ist, sucht und erträgt er die Verbindung mit den Genossen, und ordnet sich dieser mehr unter als selbst der römische Bauer, der im übrigen stärker von der Einheit des großen Ganzen angezogen wird, dem er unterworfen ist.

Die ursprüngliche Anlage der Dörfer reicht in die Zeit der ersten dauernden Besetzung des Landes durch die deutschen Stämme hinauf. Schon vorher war der Volksstamm keine unorganische Menge von Individuen, sondern für den Krieg und den Frieden gegliedert und geordnet. Die hergebrachte Ordnung bewährte theils in den Dörfern ihre Macht, theils wurde sie bei der Dörferbildung verändert. Auch in den Waffen wie im Frieden hielten Sippen und die Freunde zusammen. Sie ließen sich auch gemeinsam nieder, und gründeten das Dorf. Oder es folgten im Kriege mehrere Männer von verschiedenen Familien einem unter ihnen als dem Führer ihres Zuges, und sie blieben mit ihren Familien auch nun zum Dorfe vereinigt. Häufig erhielt dann das Dorf den Namen jenes Geschlechtes oder dieses Häuptlings. Daher ist in tausenden von Dörfernamen ein persönlicher Name verborgen. Die in ing, ingen, inghofen, (später inken, ikon, iken) endigenden, z. B. Aischolding, Beningen, Zollinghofen (Zollikon), enthalten fast durchweg älteste (patronymisch gebildete) Geschlechternamen; andere in heim, hausen, dorf, statt u. s. f. endigende auch oft den Personennamen – vielleicht des ursprünglichen Dorfhauptmanns, z. B. Wolfrigeshaim, Madfrideshusen, Sindolvesdorf, Michilinstat. Es mochten sich aber anderwärts auch mehrere Geschlechter zu Einem Dorfe verbinden, und größere Abtheilungen, die Einem Häuptling folgten, sich in zwei oder mehrere Dörfer theilen. Wie dem war, das

einmal gebildete Dorf war von Anfang an ein organisches Ganzes, das die Dorfgenossen unter sich verband. Jedes Dorf ist daher Dorfgenossenschaft.

Die äußere Anlage des Dorfs bezog sich auf folgende drei Hauptbestandtheile:

1) Das Erste war jedenfalls, wenn im Weitern Raum zur Ansiedlung offen stand oder gegeben war, die Wahl eines Platzes für das Dorf im engern Sinne (die villa), von wo aus die Wirthschaft betrieben ward: wo möglich an einem Bach oder in der Nähe von Quellen. In der Besetzung der einzelnen Hofräume, auf denen das Wohnhaus und die Scheune gebaut werden konnte, mochte von Anfang an der individuellen Wahl so viel als möglich freier Spielraum verstattet werden: der Mangel an mathematischen Abtheilungen und die große Mannichfaltigkeit dieser Hofanlagen zeugen dafür. Es mußte aber von Anfang auf offene Dorfwege Bedacht genommen werden; und nach diesen richteten sich großentheils wieder die Hofstätten und Häuser.

2) Nun wurden die Fluren für den Feldbau bestimmt. Keineswegs durfte nun der einzelne Dorfgenosse seine Aecker (und Wiesen) für sich suchen und einzäunen, wie er seinen Hofraum sofort umfriedete, und wie es geschah, wenn ein Einzelhof besetzt ward. Die Ausmittlung und Vertheilung der Feldfluren war vielmehr das Werk der Genossenschaft. Da der Ackerbau der germanischen Völker von jeher nach dem Systeme der Dreifelderwirthschaft betrieben wurde — wo und durch wen sie das erlernt haben, wissen wir nicht, von den Römern keinenfalls, denn diese übten sie nicht — so bedurfte das Dorf wenigstens dreier Feldfluren, nämlich einer für die Sommerfrucht, einer für die Wintersaat und einer für die Brache. In dreijährigem Wechsel wurden dieselben bebaut. Diese Fluren hieß man, je nachdem sie in einem Jahre so oder anders behandelt wurden, Sommerfeld, Winterfeld, Brachfeld. Andere Ausdrücke für die Fluren sind Zelgen (vorzüglich in Alemannien und Schwaben), Eschen (in Oberschwaben und Bayern), Felder und Gewanne (in Norddeutschland). Das mittelalterliche Latein bezeichnet dieselben als campi, araturæ, auch einfach als agri.

Je nach der Lage aber des zum Bau geeigneten Bodens und der Ausdehnung des Dorfes gab es wohl auch mehr als drei Fluren, ohne daß deßhalb die Dreifelderwirthschaft selbst sich änderte. Es wurden dann je nach Umständen zwei Fluren in einem Jahr als Kornzelg oder als Haferzelg bebaut oder brach liegen gelassen.

Jede Flur blieb ein zusammenhängendes landwirthschaftliches Ganzes, obwohl sie hinwieder in Aecker zerlegt war, und diese unter die einzelnen Dorfgenossen zu eigenem und festem Rechte vertheilt wurden. Die Einheit des Ganzen zeigt sich theils darin, daß wohl die ganze Flur von einem gemeinsamen Flurzaun umschlossen, auch wohl gemeinsam in feierlichem Zuge umgangen ward (Flurumgang, Flurumritt), nicht aber die einzelnen Aecker umfriedet werden durften, theils in der gleichmäßigen und insofern gemeinsamen Bebauung der ganzen Flur, so daß je der eine Nachbar die Interessen des andern berücksichtigen mußte. Die Theilung des Ganzen war aber insofern überwiegend, als die Aecker ein- für allemal dem Sonderrecht der einzelnen Dorfgenossen anheimgegeben und ebenso dem Sonderbau und Sondergenuß derselben überlassen wurden. Jeder Dorfbauer bekam mindestens in drei Fluren seine Sonderäcker; denn die Aecker wurden, wie die Fluren zu denen sie gehörten, alljährlich in dreimaligem Wechsel verschieden behandelt, und mußten daher in verschiedenen Zelgen liegen.

3) Außer den Fluren blieb noch unvertheiltes Land übrig, die gemeine Waldung und die gemeine Weide, die keines besondern Baues bedurften, und daher auch nicht stückweise den einzelnen Dorfbauern überlassen wurden, die sogenannte Almende, die gemeine Mark. Die Nutzung derselben blieb wohl den Dorfgenossen verstattet, aber allen zumal, und in Gemeinschaft. Gewöhnlich lag die Almende (die gemeine Waldung inbegriffen) außerhalb der Feldfluren, die näher am Dorfe waren, und jene nach innen begränzten. Ob auch die äußern Gränzen (Marken) der Almende bestimmt waren oder nicht, hing von den Umständen ab. In wenig bevölkerten Gegenden, oder wo sich die Almende, wie im Hochgebirge, in die rauhe Wildniß verlor, gab es anfänglich wohl gar keine äußern Marken der Almende. Sie selbst war die weithin ausgestreckte Mark für die bebauten Felder. Es gingen in alter Zeit auch die Almenden benachbarter Dörfer

oft in einander über, und waren so mehreren Dörfern gemeinsam, rings von getheilter Feldflur und von eingehägten Einzelhöfen umgeben. Aber im Verlauf der Zeit wurde doch fast allenthalben die Almende auch nach außen abgemarkt, und es theilten sich die Dörfer, die früher nur eine gemeine Mark benutzt hatten, in diese. Jedes einzelne erhielt so eine abgegränzte Almende für sich.

Die Dorfgenossen und die Markgenossen sind in der Regel dieselben Bauern, und die Dorfgenossenschaft ist auch Markgenossenschaft. Wie der Ausdruck Dorf im engern Sinne die verbundenen Häuser und Hofstätten bezeichnet, und im weitern das ganze dazu gehörige Gebiet den ganzen Dorfbann (Flur und Almende) mitbegreift, so bedeutet das Wort Mark zunächst die Gränze (terminus, finis) dieses Gebiets, und umfaßt dann in erweitertem Sinne auch das ganze von jenen Marken umgränzte Land (Almende, Feld und selbst das Dorf), die Gemarkung. Daher werden in den Urkunden bald die Ausdrücke termini und marca, bald villa und marca wechselnd gebraucht. Wir dürfen uns nicht dadurch beirren lassen, daß die Mark auch noch weitere Gränzen bezeichnen und ein weiteres Gebiet bedeuten kann. Wo mehrere Dörfer dieselbe gemeine Mark benutzen, ohne ihren Dorfbann ausgeschieden zu haben, sind die verschiedenen Dorfgenossen doch zusammen Markgenossen an der Almende.

3. Haus und Hofstätte, mansus.

Jeder freie Genosse erwarb ursprünglich ein Stück Boden im Dorf, das in vollem Sinne des Wortes sein Eigen ward. Da baute er sein Wohnhaus, seine Stallung und seine Scheune. Ein Theil desselben wurde zu einem offenen Hofraum, der Hofreite, verwendet, und oft noch ein Stück Garten angelegt und damit verbunden. Das Ganze wurde mit einem Zaune (Etter) umfriedet, wie der stolzere Edelhof mit Graben und Mauer abgegränzt und befestigt erschien. Alles das zusammen hieß Haus und Hof, zuweilen auch einfach der Hof oder die Hofstat, in sächsischen Gegenden Wort. In der lateinischen Rechtssprache wurde es bald *curtis* genannt, wie im engern Sinn auch der offene Hofraum (die area) hieß, bald *mansus*, wie auch das Haus (die casa), der wichtigste Bestandtheil, *mansus* im engsten Sinne

oder *mansio* (von manere, wohnen, französisch maison) hieß [1]).

Je nach dem Stande der wohnenden Hausväter und ihrer Familien war die Wohnung und die Hofstätte verschieden. Wie der Mann selbst einen höhern oder geringern Werth hatte, je nachdem er einem höhern oder niedern Stande einverleibt war, so bedurfte und hatte er auch regelmäßig eine größere und schönere oder eine geringere Wohnung. Diese Gegensätze reichen in die Urzeit hinauf, und gehen, wenn auch mancherlei Wandlungen in der Form unterworfen, durch das ganze Mittelalter hindurch. Schon die uralte Sage der Edda läßt den hörigen Knecht in einer ärmlichen Hütte, den freien Bauern in einem stattlichen Bauernhaus, den edeln Herrn in einer prächtigen Halle wohnen. Wie das Wergeld des einfachen Freien das Grundmaß aller Werthung der Stände bildet, so ist der schlichte Bauernhof, der *mansus ingenuilis,* des freien Bauer als Normalhof zu betrachten. Kleiner und ärmlicher sind die Wohnungen der Liten und der Hörigen, die *mansi litiles* und *serviles,* ausgedehnter und geschmückter die Herrenhöfe, die *curtes nobilium* oder *mansi indominicati* im eigentlichen Sinn, von denen zahlreiche abgeleitete Bauernhöfe abhingen. So zeichneten sich im spätern Mittelalter auch in den Städten die Häuser der rathsfähigen Geschlechter, welche wie die Ritter der Landschaft als Mittelfreie sich erhoben hatten, durch Thürme aus, die dem abhängigen Handwerker nicht zustanden. Am herrlichsten ausgestattet waren die Königshöfe, die eigentlichen Paläste, palatia. Unsere Sprache hat das Wort Hof vorzüglich in zwei Bedeutungen lebendig erhalten, zur Bezeichnung einmal

---

1) Einige Beispiele aus den Urkunden mögen diese Bezeichnungen belegen. Vgl. darüber v. Maurer S. 21 ff. und Landau S. 5 ff.: Casam et curtem cum territorio; Urkunde von 866 (Neugart. I. 359) unum locum curtis id est hovistat L. Alam. tit. 81. c. 2. Si domum infra curtem incenderit. — VIII. mansos et hobas ad ipsos pertinentes. — unum mansum cum curia et ædificio et hubam unam et vineas et prata. — mansum unum et casam quæ desuper posita est et terram quæ adtingit ad mansum. — mansum cum omni ædificio super posito et pomario vel quidquid in eodem manso constructum est. — unum mansum, tenentem in longitudine pedes XXXV et in latitudine XXIV et casam unam.

des Bauern-, sodann des eigentlichen Herren- und Fürstenhofs. Aber es sind noch zahlreiche Spuren der weitern Verbreitung dieses Ausdrucks zu finden.

v. Harthausen hat uns in seinem trefflichen Werke über Rußland belehrt, daß das slavische Dorf ursprünglich wie eine Familie von Brüdern, je zwei Häuser beisammen, im Kreise liege. So enge und so brüderlich verbunden war das deutsche Dorf von Anfang an keineswegs. Es theilt sich häufig in verschiedene Häusergruppen, die zuweilen weit von einander entfernt liegen, und innerhalb der Gruppen zeigt sich die größte Mannichfaltigkeit in der Anlage und in dem Ausbau der einzelnen Höfe. Das Interesse der Zufahrt bestimmt wohl die meisten Dorfbewohner sich an die Dorfstraße anzubauen; aber selbst da zeigt sich keine Regel der Linien, und das eine Haus steht weiter vor als das andere, und ist höher oder breiter gebaut als das andere; und gar manche Häuser liegen hinter oder über der Straße, je nach der wechselnden Natur des Bodens, und sey es nach dem Loos sey es nach der Wahl des Bauern. Nur die den Huben entsprechenden Hofstätten selbst waren manchenorts gleich ausgedehnt. Aber wenn sich auch die deutschen Bauern nicht wie die slavischen als Brüder betrachten und keinen Vater des Dorfs (den Starost der Slaven) kennen, so sind sie dennoch, trotz der großen Selbständigkeit die jeder anspricht, als Genossen mit einander verbunden, und in der Dorfgenossenschaft nimmt jeder Hausvater die seinem Stande und seinem Sonderbesitze gemäße Stellung ein. Da zeigen sich wieder die Gegensätze der freien, der halbfreien und der unfreien Bauern, aber auch der Vollbauern und der Halbbauern. Der Vorsteher des Dorfs, in den grundherrlichen der Meyer (villicus major), der den reichern Meyerhof besitzt, ragt in der Gemeinde der Genossen über die andern hervor, und während des Mittelalters gelingt es ihm meistens sich in den Stand der Dienstleute und zuletzt des rittermäßigen Adels aufzuschwingen.

Die Genossenschaft wird voraus sichtbar in dem Antheil an der Feldflur, und in dem Recht auf die Almende, die zu Haus und Hof gehörten. Der Hof (mansus) war das Hauptstück des ganzen bäuerlichen Besitzthums, welches wie die Zubehörde desselben angesehen ward. Sehr bezeichnend nennt eine dänische

Rechtsquelle [1]) die Hofstat (das Toft- oder Tomptland) das Haupt, die übrigen Güter die Glieder des Ganzen. Jeder Hofstätte wurde bei der Vertheilung des Ackerlandes ein bestimmtes Maß Aecker angewiesen, aber wieder nicht, wie bei den Slaven, zu wechselndem Bau und Besitz, sondern ein für allemal zu festem, eigenem Rechte, d. h. in der freien Gemeinde zu Sondereigenthum. Da gab es nun von jeher ein den deutschen Völkern gemeinsames Normalverhältniß, die sogenannte Hube oder Hufe.

4. Die Hube oder Hufe.

Der zur Hofstat eines Vollbauern gehörige Antheil an den Feldfluren des Dorfes heißt Hube im eigentlichen Sinn. Zum *mansus* gehört die *hoba*. Aber in weiterm Sinn bezeichnet das Wort Hube auch wohl das ganze Bauerngut, wie hinwieder dieses auch mansus im weitesten Sinn genannt wird. Beide Bestandtheile des Besitzthums sind so erheblich, daß ihre Bezeichnung auch für das Ganze gebraucht werden kann. Dann werden die Ausdrücke mansus und hoba, die anfänglich einen verschiedenen Ausgang haben, der erste von der Wohnung her, der zweite von dem Ackerfeld aus, gleich bedeutend. [2]) Statt des Wortes Hube kommt auch dafür das Loos vor [3]) (sors, portio), zuweilen auch Pflug. [4]) Die Hube ist ein ländlicher und bäuerlicher Begriff. Es gibt wohl auch städtische Höfe (mansi), aber keine städtischen Huben, und Herrenhöfe auf dem Lande, zu denen viele Huben gehören, die aber selbst keine Huben sind. Man kann daher vorzugsweise in der Hube das eigentliche normale Bauerngut erkennen, wie ursprünglich wohl die meisten einfachen freien Familien und Hausväter eines erhielten: und es entspricht die Hube als volles Besitzthum des freien

---

[1]) Andr. Sunes. IV. 10. (v. Maurer, S. 136.)

[2]) Vgl. obige Anm. auf S. 301 und Urk. bei Neugart 1. p. 479: mansa una quae Nanderinis huba dicitur.

[3]) Landau S. 11: mansum unum, in quo ipso manet, cum sorte sua, hoc est, cum terris, campis, silvis, domibus. v. Maurer S. 172. Altes Glossar bei Suhm p. 306. Mansus hûve.

[4]) Landau S. 11: CCXL jugera ad IV aratra, d h. 240 Morgen auf 4 Huben, die Hube zu 60 Morgen von einer Besitzung des Klosters Fulda in Bayern.

Bauern dem regelmäßigen persönlichen Wergeld desselben. Nachgebildet der freien Hube ist dann die Hube des hofhörigen Bauern (hoba servilis), aber von dem Grundherrn abgeleitet, der in derselben Weise auf seiner weiten Grundherrschaft Feldfluren abstecken ließ und die Aecker derselben unter seine Hofhörigen nach Huben vertheilte. Der Herr verfuhr dabei aber willkürlicher als die freie Genossenschaft, und es waren wohl die hörigen Huben auch oft kleiner als die freien.

Die eigentliche regelmäßige Hube — von Landau als vierte Hufengattung geordnet — hat ihre Aecker nicht beisammen in Einem Einfang, sondern in den verschiedenen Fluren (Zelgen) zerstreut. Die Fluren, in welche das gesammte zur Theilung kommende Ackerland des Dorfs zerlegt wird, sind wohl unter sich ungleich, je nach der Beschaffenheit des urbaren Landes; aber jede Flur zerfällt gewöhnlich in eine Anzahl möglichst gleicher Ackerstücke. Unvermeidliche Ungleichheiten werden hinwieder anderwärts billig ausgeglichen. Die Zahl der Aecker einer einzelnen Feldflur ist im normalen Verhältniß gleich der Zahl der Huben des Dorfs, und diese gleich der Zahl der Vollbauern, der Huber, aus denen die Dorfgenossenschaft besteht. Die Huben sind daher unter sich alle gleich groß. Da jede in den verschiedenen Zelgen ihre Aecker hat, [1]) so nimmt auch jede an den verschiedenen Bodeneigenschaften der Fluren gleichen Theil, und es haben also in der Hauptsache die Huben auch gleichen Werth. Sind die einen Huben etwa auf eine fruchtbarere Gegend des Dorfbanns angewiesen als die andern, so wird diese Ungleichheit dadurch wieder berichtigt, daß den letztern an Ackermaß zugelegt wird. Landau führt (S. 34) ein deutliches Beispiel an: „Das Dorf Gombet in Niederhessen hat 47¼ Hufen von verschiedener Größe und namentlich sind 11¼ Hufe etwa um die Hälfte kleiner als die andern; hinsichtlich der Dienste und Abgaben sind sie dagegen sämmtlich gleich. Als nun die Besitzer der letztern Hufen auf den Grund der geringeren Größe ihrer Hufen eine Herabsetzung ihrer Verpflichtungen verlangten, wurde ihnen entgegnet,

---

[1]) Urk. von 1247. Monum. Boica XI. 33: „in quot partes major campus diuisus esset, in totidem partes secundus campus et tertius diuideretur."

daß die Verschiedenheit in der Größe nur scheinbar sey, weil dieselbe lediglich auf der Verschiedenheit der Qualität beruhe."

Getrennt vom Ackerfeld ist das Wiesland, welches wieder zu Sondereigenthum vertheilt ward. Bald werden die Wiesen, oft auch an verschiedenen Orten gelegen, mit den Aeckern als Bestandtheile der Hube erklärt, bald diesen als der Hube im vorzüglichen Sinn entgegengesetzt. Jede Hube erhielt aber in beiden Fällen einen gleichen Antheil Wiesen. Als ein Nebenbestandtheil oder eine Zubehör der Hufe wird überdem oft der Bünde erwähnt, welche eingeschlossen und gewöhnlich zu Gemüsegärten vertheilt sind.

Die gewöhnliche Form der Zutheilung dieser Huben unter die Dorf- und Markgenossen war die Verlosung, welche wieder gleiches Recht aller voraussetzte. Deßhalb heißt die Hube auch das Los oder Losgut. Auch später noch finden wir die Verlosung geübt. Ein auch in andern Beziehungen noch interessantes Beispiel aus dem XVIten Jahrhundert findet sich in dem Weisthum von Töß. (Grimm, Weisth. I. S. 133). Die Dorfgemeine Töß nämlich hatte den Hof Tätnow angekauft, und theils zur Erweiterung ihrer Almende theils zur Vergrößerung der Sondergüter verwendet. Dabei machte sie folgende Ornung: „Als wir dann den Hof Tätnow under uns geteylt, sond äker, wisen vnd holtz unverendert beliben, wie das los yedem geben hat, und damit vnser weidgang nüt merklich geschwecht werde, so sol keiner vsserthalb den Zelgen kein riet wäder in holtz noch Feld inschlachen vnd zu wisen machen; so es aber in zelgen inschluge oder us äkeren wisen machte, mag er die zu den nützen höwen und embden, aber zu der brach mit der zelg under gan lassen"

Die anerkannte Gleichheit der Lose und Huben hat Waitz (S. 113) zu der Vermuthung veranlaßt, daß Tacitus eine Ungenauigkeit begangen, als er in der bekannten Stelle der Germania c. 26 sich äußerte: agri — occupantur, quos mox inter se secundum dignationem partiuntur. Allein die Wahrnehmung des scharfsichtigen Schriftstellers ist genau und richtig, wenn man die Bodenvertheilung im Großen bedenkt, nicht die Ackervertheilung unter die Dorfbauern, welche unter sich gleiche Werthung (eandem dignationem) haben. Jene richtete sich nach dem Stande der Besitzer. Der Fürst erhielt eine Domäne, und selbst die kleinern

Häuptlinge größere Güter als die einfachen Freien; diese hinwieder mehr als die Liten und die Knechte. (v. Maurer, S. 83.)

Wie die Wergeldssumme der einfachen Freien bei verschiedenen deutschen Stämmen auf 160 oder 200 Solidi festgestellt ward, so finden wir auch in allen Theilen von Deutschland sehr häufig das nämliche Maß für die Hube anerkannt, nämlich 30 Tagwerke oder Morgen (jurnales, jugera.) Landau gibt Belege dafür (S. 36) aus Holstein, Thüringen, Hessen, vom Rheingau, aus Bayern, Schwaben und Alemannien u. s. f. So viel Besitz von culturfähigem Boden schien daher auszureichen für eine wohlhabende Bauernfamilie. Indessen ist dieser Maßstab nur die Regel, und es finden sich auch nicht selten andere, meistens größere Maße hier und dort. Die Zahl der Dorfgenossen, die Masse des vertheilbaren Landes, und die Beschaffenheit des Bodens selbst übten darauf einen natürlichen Einfluß und veränderten das Normalmaß. Es gab auch Hufen von 40, von 45 und sogar solche von 60 Morgen. [1])

Die Morgen selbst hatten nicht überall gleiches Maß, obwohl der Grundgedanke derselbe ist: so viel ein Mann regelmäßig in einem Tage bearbeiten kann, daher Tagwerk, Tagwan (jurnale), Mannwerk, Mannskraft, oder so viel er an einem Morgen (Tage) mit den Ochsen umpflügt, daher Morgen, Juchart, Joch (jugum, jugerum). (v. Maurer, S. 139 ff., Landau, S. 44 ff.) — Der Köllnermorgen z. B. ist gleich 1 Morgen und 50 Ruthen Magdeburgisch.

Da die Huben zu festem Rechte vertheilt und in der Familie vererbt wurden, so unterlagen sie auch der Erbtheilung, und es wurden einzelne Stücke auch etwa ausgetauscht oder verkauft. Neben den vollen Huben kommen daher auch halbe, Drittheils-

---

[1]) Wigand, Westph. Arch.: In *Liuimareshuson* continentur III huobe et unusquisque mansus ad XL jugera extenditur — omnia salica terre. Urk. v. 1047 (Landau S. 37) laetilem mansum unum, habentem iornales LX. Urk. v. 873 (Wirtemb. Urk. I. S. 173): ad eandem curtim dominicam (cum aedificiis et sepibus bene vestitam) pertinent jurnales LXXX, insuper hobae serviles XVIII. Et ad unamquamque hobam pertinent jurnales XLV, de pratis ad singulas hobas carratas V, et ad exstirpandum hobas XIIII. Nach v. Maurer (S. 129) war die Hube in der Abtei Prüm sogar 160 Morgen groß.

huben, Viertelshuben u. s. f. in den Urkunden vor, und im Lauf der Jahrhunderte ändert sich schon deßhalb der Umfang der bäuerlichen Besitzthümer vielfach, so daß die alte Gleichheit der Huben allmählig verschwindet. Schon ursprünglich aber scheinen Halbgüter oft abgegränzt worden zu seyn; der Gegensatz der Vollbauern und der Halbbauern (Vollhüfener und Halbhüfener, Vollspänner und Halbspänner, Vollerben und Halbmeier) ist sehr alt und verbreitet. Es ist der nämliche Gegensatz, der uns in Alemannien und Schwaben unter den Ausdrücken Huber und Schuposser, Hube und Schupos entgegentritt. Der Unterschied war wahrscheinlich mit den ständischen Gegensätzen anfänglich in Verbindung. Die Schupos wenigstens scheint nicht die Hälfte einer zertheilten Hube, sondern ein — an Umfang zuweilen einer halben Hube gleiches, zuweilen nicht so viel betragendes — kleineres Bauergut gewesen zu seyn. Man kann sich dabei wohl des halben Wergeldes erinnern, das den Liten zukam. Vielleicht verhält sich ursprünglich die Schupos zur Hube, wie das Wergeld der Liten zum Wergeld der Freien, und waren jene meist mit Schuposen bedacht. So hatte z. B. das Kloster St. Urban die Güter zu Roggwil in 72 Schuposen getheilt, und an seine Gotteshausleute überlassen. Jede dieser Schuposen hatte 12 Jucharten Sondergüter in Aeckern und Wiesen auf den verschiedenen Feldfluren. (9 Juchart Aecker und 3 Juchart Wiesen.) (Grimm, Weisth. I. S. 177.) Anderswo kommen auch Schuposen von 10 Jucharten vor (v. Segesser, Rechtsgesch. von Luzern I. S. 30.) Beispiele von Schuposen, die einer halben Hube entsprechen, hat Landau gesammelt, S. 41.

5. Die Feldgemeinschaft.

Die Huben hatten zwar Sondereigenthum an ihren in den Zelgen zerstreuten Aeckern, aber dieses Sondereigenthum war nicht so abgeschlossen und ausschließlich wie das an der Hofstätte (mansus.) Vielmehr bestand unter den Hubern eine Feldgemeinschaft, durch welche ihr Sonderrecht mehrfach beschränkt wurde. Je höher wir in die alte Zeit zurücksteigen, desto bedeutender erscheint uns jene Gemeinschaft. Sie wird allmählich abgeschwächt, und die neuere Zeit zeigt die entgegengesetzte Tendenz, die Gemeinschaft völlig zu lösen, das Sondereigenthum auch an den Aeckern ab-

zuschließen und die Güter zu arrondiren. Man kann diese Richtung auch bezeichnen als die der Umwandlung der Huben in die Einzelhöfe: aber während des Mittelalters hatte das Umsichgreifen der (vornehmen) Einzelhöfe einen aristokratischen Charakter, heutzutage hat die Auflösung der Huben in kleine abgeschlossene Bauergüter, deren Häuser doch gewöhnlich noch zu Dorfe liegen, eher eine demokratische Richtung.

Ist aber jene Feldgemeinschaft, wie v. Maurer annimmt, ursprünglich so enge gewesen, daß sie das Sondereigenthum der Huber an den Aeckern ganz ausschloß, und ähnlich der Gemeinschaft an der Almende nur als Gesammteigenthum zu verstehen war? In der slavischen Ackervertheilung ist das so, denn da werden nach kurzen Perioden die Aecker immer wieder aufs neue unter die vorhandenen Dorfgenossen vertheilt, so daß kein Vater für die Söhne und Enkel sorgt, wenn er auf die ihm zugelosten Güter erhöhten Fleiß verwendet. Aber für die deutschen Völker ist die Frage meines Erachtens zu verneinen. Man beruft sich für die erstere Meinung theils auf das Zeugniß Cäsars (de bello gall. VI. 22): „neque quisquam agri modum certum aut fines proprios habet; sed magistratus — in annos singulos gentibus cognationibusque hominum — quantum et quo loco visum est, agri attribuunt atque anno post alio transire cogunt“ — theils darauf, daß bis auf unsere Zeit noch, besonders auf dem Hundsrücken, manche Feldfluren in unzertheilter Gemeinschaft besessen und zu 3, 4, 9, 12, 18 Jahren um wieder neu verlost werden. Aber der Bericht Cäsars, der überdem nicht die germanische Landwirthschaft überhaupt, sondern nur das Verfahren der kriegerischen Sueven schildern will, kann nicht richtig seyn, da mit der Dreifelderwirthschaft eine jährliche Aeckervertheilung sich nicht verträgt, und der deutsche Boden bei einer solchen Behandlung, welche um so mehr Mühe und Arbeit erforderte, je weniger Ertrag sie versprach, die zahlreichen Völker nicht zu ernähren vermocht hätte. Die vereinzelten, auf besondern Ursachen beruhenden Ausnahmen aber von wechselndem Ackerbesitz, die an wenig Orten und meist in öden Gegenden sich zeigen, können nicht gegen die überall unter den verschiedenen Stämmen und in den verschiedensten Ländern von Deutschland von Alters her, so weit unsere geschichtliche Erinnerung reicht, offenbare Regel der festen Hufenordnung beweisen.

Die ältesten Urkunden sprechen immer von festen Hufen in einer bestimmten, unwandelbaren Zahl und tragen keine Spuren jenes Wechsels. Es ist freilich nicht undenkbar, daß sich die vollkommnere feste deutsche Hufe aus einem anfänglichen in der Erfüllung dem Wechsel unterworfenen Lose herausgebildet habe; aber es ist nicht wahrscheinlich, daß diese Umbildung, wenn sie in historischer Zeit geschehen wäre, unserer historischen Wissenschaft völlig verborgen geblieben wäre; und es ist gewiß, daß die Geschichte in der ersten sicheren Zeit, wo immer die Germanen sich dauernd niedergelassen haben, uns auf die feste Hufenordnung und damit auf das Sondereigen auch an den Aeckern hinweist. Wie durch das ganze Mittelalter hindurch, so scheinen demnach von Anfang an germanische und slavische Ackertheilung und Landwirthschaft auf verschiedener Grundlage zu beruhen.

Eine wahre Feldgemeinschaft der Huber aber zeigt sich in folgenden Beziehungen:

1) Jede einzelne Feldflur mit all' ihren Hubestücken unterliegt in jedem Jahr derselben Wirthschaft. In einem Jahr ist die Zelg eine Kornzelg, im andern Jahr eine Haferzelg, im dritten Jahr ein Brachfeld. Es ist daher nicht in die Willkür der Dorfgenossen gegeben, womit sie ihre Aecker bepflanzen wollen, sie müssen sich nach der herkömmlichen Sitte richten, und die Bestimmung der ganzen Zelg auch für ihren Bau befolgen. Es ist daher auch mit Bezug auf die Zeit des Pflügens, der Aussaat, der Ernte jeder Genosse von seinen Nachbarn abhängig. Der hintere kann meistens nur über den Acker des vordern Hubers auf seinen Acker fahren. Eben in den festen, dem Sondereigenthum entzogenen Feldwegen, welche die römische Flur durchschnitten und die Güter trennten, war für die Römer die Möglichkeit einer absoluten Sonderwirthschaft gegeben, die in der deutschen Unterordnung fehlte. Die Anlage allezeit offener Feldwege in unserer Zeit war daher ein Hauptmittel, um dieselbe aufzulösen, und die individuelle Freiheit des Landbaues zu begründen.

2) Am kräftigsten erweist sich die Gemeinschaft im Brachjahr. Die Brachzelg ist der gemeinen Weide offen, wie die Almende, und es verwandelt sich so gewissermaßen auch die getheilte Feldflur je im dritten Jahre wieder in einen Theil der

Almende, welche nicht dem Sonderbesitz angehört, sondern dem Gesammtbesitz zudient.

3) Es gibt daher gemeinsame stäte Dorfordnungen über die offenen und die geschlossenen Zeiten, über die gemeinsamen Flur- und Bannzäune, welche ganze Fluren einfrieden u. s. f., Ordnungen, die zuweilen in den Dorfweisthümern und Offnungen eine urkundliche Bekräftigung erhalten haben, öfter aber durch das Herkommen stillschweigend bewahrt werden. Von der Art ist z. B. auch das sogenannte Treterecht, d. h. die anerkannte Befugniß des Feldgenossen beim Pflügen seines Ackers, damit derselbe bis an die äußerste Gränze bebaut werde, auf den nachbarlichen Acker hinüber zu treten: weßhalb die Zelggenossenschaft auch als Tretgenossenschaft bezeichnet wird.[1])

4) Neben den festen Ordnungen finden wir auch je nach den Umständen und den wechselnden Bedürfnissen sich richtende Mehrheitsbeschlüsse der Feldgenossenschaft und Verfügungen ihrer Vorsteher über den Feldbau, denen sich der einzelne Genosse unterziehen muß: z. B. über die Unterhaltung der Zäune, Anlegung von Graben, über die Flurwachen, über die Flurschau u. dgl. (v. Maurer, S. 148; Landau, S. 52.)

5) Die besondere Dorfgerichtsbarkeit, an welcher die Huber persönlich Theil haben, gewährleistet die Handhabung dieser Ordnungen und Beschlüsse: und zuweilen wird in den Weisthümern der Pflicht gedacht, die jedem einzelnen Huber bei seinem Eide obliege: „wo Gebrechen oder Abbruch an den Hubengütern geschehe, an Reinen oder an Steinen oder durch Mißbau,“ das anzuzeigen. (Grimm, Weisth. I. S. 614.)

6) Ueberdem ist die eigentliche Feldgenossenschaft von dem weiteren Kreise der Dorf- und Markgenossenschaft umschlossen, welche nicht allein die Huber selbst, sondern auch deren Familien, zuweilen auch Einzelhöfer, mit umfaßt, und sich auf die gemeine Nutzung der Almende erstreckt. Wird daher eine Hube oder ein Stück derselben veräußert, so haben die Mark-

---

[1]) Offnung von Tagmersellen bei v. Segesser a. a. O. I. S. 665: „Item, Reiden, Wyssikon, Nebikon, Altishofen, Langnow die Dörfer sind vnser trettgenossen daselbs.“

genossen, ihre Familienglieder inbegriffen, also auch die noch nicht begüterten Söhne der Huber, ein Näherrecht auf den Ankauf vor den Ausmärkern und Fremden. Ueberhaupt erscheint im Alterthum die Nachbarschaft als ein heiliges Band, welches die Familien zu wechselseitiger Unterstützung verpflichtet und als eine Gemeinschaft in Lust und Trauer. Das westgothische Gesetz (VI. tit. I. c. 8) nennt die Nachbarn unmittelbar nach den Brüdern und vor den entfernten Verwandten; und in manchen alten Volksrechten wird noch die Pflicht der Nachbarn, beziehungsweise der Markgenossen, anerkannt, für den Schaden einzustehen der innerhalb der Gemarkung frevelhaft verursacht worden, wenn der eigentliche Thäter nicht zu ermitteln ist. In den hofhörigen Nachbarschaften treffen wir sogar auf ein Erbrecht der Nachbarn mit Bezug auf das hofrechtliche Erbe, wenn der verstorbene Bauer keine Söhne oder Brüder zurückgelassen hat.

Diese Feldgemeinschaft hat sicherlich ihre Nachtheile: sie setzt einer freiern Wirthschaft manche schwer zu übersteigende Schranke entgegen, und bereitet den Verbesserungen der Bodencultur viele Hindernisse. Aber all diese genossenschaftlichen Bildungen des Mittelalters haben auf der andern Seite auch den unverkennbaren Vorzug, daß sie hinwieder die einzelnen Genossen stärken, ihre Mängel ergänzen, die gemeinsamen Interessen schützen, und durch Gemeinschaft in Freude und Leid den moralischen Zustand der Einzelnen und ihrer Familien heben. Diese in Folge der allgemeinen Auflösung großentheils verlornen Vorzüge wieder zu gewinnen und zugleich jene Nachtheile zu vermeiden, das ist die Aufgabe der modernen Gesetzgebung in diesen Dingen.

6. Die Almende.

Der Boden, der nicht zur Anlage des Dorfes und zu den Huben vertheilt, noch zu Einzelhöfen oder sonst zu Sonderbesitz eingenommen war, blieb als unvertheiltes Land dem gemeinen Gebrauch zunächst der Markgenossen überlassen, d. h. Almende, ein Ausdruck, der im skandinavischen Norden (isländisch: almennings, almennigas; schwedisch: almänning) wie in dem deutschen Süden gebraucht wird, um das Gemeinland, die gemeine Mark zu bezeichnen. In den Urkunden wird Almende

durch *communio* übersetzt, z. B. Urk. v. 1234 bei Wenck, Urk. 6. I. 16: „communionem quae vulgo Almenda vocatur."

Die Bestandtheile der Almende sind mannichfaltig. Ein großer Theil derselben ist Waldung. Der Wald voraus eignet sich zu gemeinem Gebrauch. Es gibt aber außer und neben dem gemeinen Wald, der Almende ist, [1]) auch Sonderwald, der bald zu einem Einzelhofe gehört, bald im Sonderbesitz einzelner Dorfgenossen ist. In den Urkunden wird daher oft bei Veräußerungen eines Hofes zugleich das Eigenthum an einem Sonderwald und das Nutzungsrecht an dem gemeinen Wald übertragen. Es wird dann der „silva proprii juris" die „communis silva" entgegen gesetzt.

Als noch ungemessene Wälder sich weithin ausdehnten und die Bedürfnisse der nicht überfüllten Bevölkerung gering waren, mochte es wohl jedem Markgenossen frei gestellt seyn, theils einzelne, besonders von der zusammenhängenden unvertheilten Waldung getrennte Waldstücke als Sonderwald in ausschließlichen Besitz zu nehmen, theils unvertheilten Waldboden auszureuten, urbar zu machen und als Acker, Wiese, Weinberg in Sondergut umzuwandeln. Eine solche Landnahme, wie wir nach dem isländischen Sprachgebrauch noch diese neue Zueignung von Land schicklich heißen, wird noch in spätern Rechtsquellen gelegentlich erwähnt und bald ausdrücklich auch für die Zukunft erlaubt, bald im Gegensatz zu dem alten Herkommen untersagt. Sie geschah, besonders wenn Waldboden urbar gemacht und bebaut ward, in Form der Einfriedung und Ausmarkung, und das so dem Gemeinland abgewonnene Grundstück wurde Einfang, Beifang, Einschlag, in den lateinischen Urkunden *proprium, comprehensio, captura* genannt. Die Ausrodung galt dann als eine sichere Erwerbungsart von Eigenthum, auf die man sich wie auf Erbrecht oder Ankauf bezog. [2])

---

[1]) Urk. bei v. Maurer, S. 146: pro *silva communi*, que Almende vulgariter nominatur. Urk. v. 1256 bei Landau, S. 165: communis silva que Almende dicitur.

[2]) v. Maurer, S. 158, theilt folgende Beispiele mit: Urk. von 805 bei Lacomblet Urkb. I. 15: „quidquid ibi habuimus, aut per jus hereditatis, aut *per comprehensionem*, aut per aliam quamcumque adquisitionem." Lex *Bajuv.* XVI. tit. I. c. 2: „ego habeo testes, qui

Die Ausdrücke Rottland, Rüti, Rütinen, Neubruch, Neuland, Schwand, Schwendi beziehen sich meist auf solche ausgerodete und angeeignete Stücke des vormaligen Gemeinlands. Es versteht sich aber, daß die Landnahme nur in so fern zu Recht bestand, als nicht die Markgenossenschaft dieselbe, sey es überhaupt, verbot, oder auch dem einzelnen Versuch hemmend entgegentrat. Fremde Ansiedler konnten schon durch den Widerspruch einzelner Märker an der Niederlassung verhindert werden. [1])

Man darf auch die Landnahme, die festes Sondergut bewirkte, nicht verwechseln mit bloß vorübergehender Ueberlassung abgeholzten Waldbodens an einzelne Individuen oder Familien zum Bau — wie heute noch oft zu Kartoffelbau an arme Gemeindeangehörige — noch mit vorübergehender Besitznahme durch einzelne Märker zur Anpflanzung. Denn diese Stücke fallen nach einem oder einigen Jahren wieder mit Nothwendigkeit dem gemeinen Gebrauche anheim, und haben nie aufgehört ein Theil der Almende zu seyn. Das Schwyzer Landbuch S. 214 (Beschluß von 1339) spricht von einer derartigen Sondernutzung, nicht von eigentlicher Landnahme: „Es soll ouch niemen das gemeinmerchi genote verschlachen, wann das offene geborten haben, da man vß und in möge farn. Verschlüge ouch jeman die gemeinmerchi alls genote, das es nit offene Lücken hette in den Zylen, so es menlich messen (lies: nießen) soll, der müßte es bessern: Breche ouch jeman demselben sinen hag, ob er nit offene Lücken funde, der soll auch damit nicht getan han, brichet er, das er vß vnd

---

hoc sciunt, quod labores de isto campo semper tuli, *nemine contradicente exartavi, mundavi, possedi* usque hodie, et pater meus reliquit mihi in possessione sua.“ Pez thes. I. 3. p. 103: „in *sylva communi*, Nordwald nuncupata, tale praedium silvaticum, quale ipse cum suis sequacibus — *circumeundo sibi in proprium captivaverat.* Lacomblet Urk. I. 29: *comprehensionem nostram* in silva — quam homines *tui una nobiscum circuierunt et novis signis obfirmaverunt.*“ Urk. v. 1094 im Codex Lauresh. I. 208: „Interdicimus, quod nullus hominum — audeat in determinatione illa quicquam sibi usurpare.“ Vgl. Landau, S. 155 ff., wo noch andere Belege zu finden sind.

[1]) Lex *Sal.* tit. XLVIII. 2: Si quis admigravit et si aliquis infra XII menses nullus testatus fuerit ubi admigravit securus sicut alii vicini consistat.

in gefarn mag. Were ouch, das jeman, wer der were so Rich, der Korn oder Räben gesäyt hetty vff den gmeinmerckin, das soll er ensunders beschlachen von den matten; das soll Im nieman etzen, noch ouch sine heg brechen." (Das eingehägte Ackerstück bleibt Almende, aber, da hier über die Matten hin noch Raum genug ist für den Weidgang, darf dem fleißigen Wirth nicht von den übrigen Weidgenossen die Frucht seines Sonderfleißes und seiner Saat entzogen werden.)

Neben den gemeinen Wäldern werden in den alten Urkunden sehr häufig auch die gemeinen Weiden als Bestandtheil der Almende erwähnt. Die Formel: »cum silvis et pascuis,« deutsch: „mit Wunn und Weide," bedeutet regelmäßig das zum Sondergut gehörige Nutzungsrecht an dem gemeinen Wald und an der gemeinen Weide. Es gab in alter Zeit viele unvertheilte Weidegründe, die nicht wie die Wiesen eingehägt und gewöhnlich auch nicht cultivirt wurden, sondern lediglich der gemeinsamen Weide überlassen blieben. Auf Acker und Wiese, auf dem Sondereigenthum gräbt der Pflug und schneidet die Sense; diese Instrumente aber gehören nicht auf die gemeine Mark (Grimm, Rechtsalterth. S. 63 und 498). Der Dorfhirt treibt das Vieh der Dorfgenossen dahin, wie wir das heute noch in den Alpen sehen, die sich weniger als die gemeinen Weiden des Flachlandes zu weiterer Vertheilung unter die Sondereigenthümer eignen, und daher öfter noch Almende geblieben sind. Die gemeine Heerde wird aus dem Sondervieh der einzelnen Genossen gebildet, hat aber wie einen gemeinsamen Hirten, so auch zuweilen einen gemeinen Leitstier oder Wucherstier, einen gemeinen Eber u. s. f.

Die gemeine Weide als Recht und als That gefaßt, erstreckt sich aber über die mit Gras und Kräutern bewachsenen Weidegründe hinaus, in alter Zeit auch in den Wald hinein und sogar auf die Sondergüter, nämlich je auf die Brachflur in dem Brachjahr. Die Weisthümer sprechen oft von der Schweinemast in den Eichen- und Buchenwäldern. Außer der gemeinen Weide gibt es aber „wie Sonderwälder auch eingehägte Sonderweiden", die, so lange weiter Raum offen stand, wohl auch durch Landnahme ausgeschieden wurden. Später aber ist es keinem gestattet, Stücke des unvertheilten Landes als Sonderweide einzufangen und einzuhägen. Vielmehr

wird zuweilen ausdrücklich vorgesehen, daß die vorübergehend angepflanzten Stücke des Gemeinlandes in bestimmter Zeit wieder der gemeinen Weide geöffnet werden sollen. Z. B. Offn. v. Opfikon (Schauberg, Zeitschr. für schweiz. Rechtsquellen. I. S. 135.): „Wan ein gmeind im gmein werch — zu buwen vss gibt, Sol es nach dem die frücht abgeschnitten werdent, wider vss liggen, und nit für eigen geteilt sunder zuo der alment gehoeren." Auch die vertheilten Wiesen wurden in vielen Dörfern, nach dem sie geheunt und geembdet waren, im Herbst zu gemeiner Weide geöffnet, ähnlich wie das Ackerfeld im Brachjahr. [1])

Ferner wird regelmäßig zur gemeinen Mark gerechnet der unwirthliche Boden überhaupt, dessen Umfang in der Vorzeit viel größer war, als seitdem das Bedürfniß und die höhere Cultur des Landes weite Strecken urbar gemacht hat. Von der Art waren das höhere Gebirg — die montes werden in den Urkunden oft mit den sylvae genannt die Seeküste, die wilden Flußauen und Flußufer, die Moore und die Heiden. Waren dieselben auch Anfangs für alle Bodencultur werthlos, so waren sie doch der freien Jagd und Fischerei zugänglich.

Als ein wichtiger Bestandtheil der gemeinen Mark wird in den Urkunden sehr häufig das Wasser und der Wasserlauf »cum aquis et aquarum decursibus« erwähnt. Es gilt das nicht allein von den Seen und Flüssen innerhalb des Gemeindebezirks, sondern auch von den Bächen und selbst den Quellen und ihrem Ablauf, wenn die letztern auf dem Gemeinland entspringen. Um so leichter wurde es bei dieser Vorstellungsweise, auch Gemeinbrunnen und gemeine Tränken für das Vieh einzurichten. Es gab aber auch Sonderbäche, die von einem Sondergut umschlossen waren, und häufiger noch Sonderquellen, die in Sondergütern entsprangen. Auch konnte das gemeine Gewässer wohl von einzelnen Genossen zur Anlegung von Mühlen, Wiesenwässerungen, Brunnen, somit zu Sondergenuß verwendet und zu Sonderbesitz genommen werden. Dabei mußten aber die Rechte der Gemeinschaft geachtet werden.

---

[1]) Ein Beispiel bei Grimm, Weisth. I. S. 130.

Endlich sind die öffentlichen Straßen und Wege und Plätze zu erwähnen. Durch diese erstreckt sich die Almende mitten in das Dorf hinein. Der Platz im Dorf, wo die Dorfgenossen sich versammeln, und wo die Dorfgerichtsbarkeit geübt wird — zuweilen ist er durch einen großen Baum (die Dorflinde) geschmückt und geschützt — ist nicht zu Sondereigenthum vertheilt, sondern gehört der Gemeinschaft zu. Ebenso die Fahr- und Fußwege in das Dorf und aus dem Dorf, zu den Sondergütern und auf die gemeine Weide und in den gemeinen Wald. Daher in den Urkunden die Ausdrücke: cum exitibus et reditibus, cum egressu et regressu, „mit Einfahrt und Ausfahrt, mit Steg und Weg." (Landau S. 183.; v. Maurer S. 89.)

Die Sprache deutet in dem Gegensatz Almende (communio) und Eigen (proprium) den wesentlichen Unterschied der thatsächlichen Verhältnisse und der Rechtsbegriffe klar an. Die Almende wird von allen gemeinsam benutzt, das Eigen von dem Individuum für sich. Dort ist die Gemeinschaft, hier die Ausschließlichkeit der Herrschaft charakteristisch. Jenes ist Gesammteigenthum, dieses Sondereigenthum. An der Almende wurde die Seite der Ausschließlichkeit erst später klar, und zwar nach außen hin, erst seitdem auch die äußern Gränzen der Almende eines Dorfes abgemarkt wurden, um die Genossenschaft der benachbarten Dörfer und Höfe von der Benutzung derselben abzutrennen und wegzuweisen; nach innen erst, seitdem es für die Inmärker wichtig schien, die heranwachsende nicht in die Genossenschaft aufgenommene Bevölkerung von eingreifendem Mitgenuß abzuhalten. In diesen beiden Beziehungen konnte die Gesammtheit der Markgenossen nun auch ein Alleineigenthum an der Almende behaupten, obwohl dieses doch selbst nach jenen Richtungen hin nicht so ausschließlich wurde, wie das eigentliche Sondereigenthum; denn immer noch wurde auch dem Ungenossen an der Almende noch mancherlei Gebrauch und Nutzung (z. B. frei darüber hin zu gehn, dürres Holz zu lesen u. dgl.) gestattet. Jene den Genuß Unberechtigter ausschließende Seite des Verhältnisses bleibt überhaupt untergeordnet. Bedeutsamer ist die von Anfang an klare, wonach die Almende keines Individuums Eigen ist, sondern nur der Gemeinschaft aller Genossen angehört und der Rechtsherrschaft aller ein-

zelnen Genossen je nach ihrem Verhältniß zur Gemeinschaft unterworfen ist. Jeder Markgenosse holte in dem gemeinen Walde Holz zu Bau und Brand, anfangs so viel er irgend bedürfte: und ebenso schickte jeder Markgenosse sein Vieh mit dem gemeinen Hirten auf die gemeine Weide. Und was die Mehrheit der Genossenschaft über die Bewirthschaftung der Almende beschloß, dem mußte die Minderheit der Genossen sich fügen. [1])

7. Die Mark und die Markgenossenschaft.

Die gemeine (unvertheilte) Mark ist nur ein Theil der ganzen Mark, welche die vertheilten Sondergüter mit umfaßt. Da das Wort Mark zunächst das Gränzzeichen (Gränzstein, Gränzpfahl), dann die Gränze und in weiterem Sinn das umgränzte Gebiet bezeichnet, die Gebiete aber verschieden sind, so erklärt sich leicht, daß demselben bald eine engere bald eine weitere Bedeutung beizulegen ist. Es kommt wohl vor, daß sich der Begriff des Wortes bis zu einem ganzen Gau oder gar einem Land (Territorium) erweitert. Man spricht so von Markgrafschaften, die an den Gränzen des Reiches liegen, von der östlichen und von der westlichen Mark, und von der Kärntner und der dänischen Mark, u. dgl. Aber damit wird der Bereich der landwirthschaftlichen Genossenschaft überschritten, und wir gerathen auf ein weites Gebiet, in welchem naturgemäß die politischen Interessen und Institutionen entscheidenden Einfluß erlangen. Eine so weit gefaßte Markverbindung läßt sich nicht mehr aus dem Dorfleben und der Gemeinschaft der Landbauern erklären, in ihr äußern bereits die Ideen des Volks, der Fürsten des Staates ihre Macht. Wir müssen daher, wie auch Waitz in seiner Beurtheilung des Maurerschen Buches mit gutem Grunde bemerkt hat, die Vermengung der eigentlichen landwirthschaftlichen Markgenossenschaft, deren Gebiet doch vorzugsweise die Mark genannt wird, mit jenen höhern politischen Gliederungen vermeiden und beide sorgfältig auseinanderhalten.

Indessen waren die alten Marken auch in diesem engern Sinne oft weit ausgedehnter als die spätern Dorfmarken, welche

---

1) Vgl. darüber Bluntschli, deutsch. Privatr. §. 58 u. 59.

sich erst in der Folge in jene theilten, wie denn nicht selten innerhalb solcher Marken neue Dörfer erwachsen sind, die später ihre besondere Mark verlangten und erhielten. Dessen ungeachtet kamen aber auch die benachbarten Markgenossenschaften jener weitern Marken zuweilen in Streit über ihre Gränzen. Die alten Volksgesetze und die alten Urkunden erwähnen solcher Streitigkeiten. Eine historisch berühmt gewordene ist die der Markgenossenschaft von Schwyz mit dem alten Kloster Einsiedeln.[1] Heute noch haben an der weiten Almende des Landes Schwyz die Landleute in mehreren Dörfern Theil. Ein Beispiel späterer Theilung einer ursprünglich sehr großen Mark eines Dorfes theilt Landau (S. 121 ff.) aus den Urkunden mit. Die Mark Heppenheim im Rheingau nämlich, welche dem Kloster Lorsch im Jahre 773 übergeben wurde, umfaßte damals, wie die alte Gränzbeschreibung (descriptio *marchae* sive *terminus sylvae*, quae pertinet ad Heppenheim, sicut semper ex tempore antiquo sub ducibus et regibus *ad eandem villam* tenebatur) ausweist, ein weites zusammengehöriges Gebiet, das von Süden nach Norden 4, von Westen nach Osten 7¾ deutsche Meilen betrug. Später theilten sich drei kirchliche Archidiaconate in dasselbe, und die alte Mark Heppenheim zerfiel in die drei noch immer großen Marken Heppenheim (im engern Sinn, dem Urdorfe verbleibend), Michelstadt (den östlichen Theil der alten Mark) und Waldmichelbach (den südwestlichen Theil derselben). Aber auch diese drei Marken sind noch weiter getheilt. Die Mark Heppenheim im engern Sinn besteht hinwieder aus der Mark Heppenheim im engsten Sinn, der Mark Bensheim (Pfarrei und Cent Bensheim) und der Mark von Bürstat. Die Mark Michelstadt theilt sich in die Mark Michelstadt im engsten Sinn, die Mark König und die Kirchspiele und Centen von Reichelsheim, Mosau, Güttersbach und Brembach. Endlich die Mark Waldmichelbach umfaßt die Centen Lindenfels, Fürth, Mörlenbach, Alsteinach und Waldmichelbach. Manche dieser kleinern Marken reichen indessen urkundlich schon ins achte und neunte Jahrhundert hinauf und werden da schon als Marken bezeichnet, so daß das Wort Mark zu gleicher Zeit

---

[1]) Bluntschli, Gesch. des schweiz. Bundes. I. S. 34. v. Maurer S. 302. Alumann. Formelbach, v. Wyß. Nr. 10.

bald die ursprünglich weite, von dem Hauptorte Heppenheim benannte gemeine Landmark bedeutet, bald die zu den in ihrem Umfang angelegten übrigen Dörfern gehörigen Theile derselben, die zu besondern Dorfmarken wurden.

Nicht immer fällt die Markeintheilung mit der politischen Landtheilung zusammen: oft wird eine gemeine Mark von der Gränze der politischen Gaue oder Hundertschaften durchschnitten, und der eine Theil derselben gehört daher in diesen, der andere in einen andern Kreis oder Bezirk. Die Mark Fulda z. B. erstreckt sich zugleich auf das rechte und linke Ufer der Fulda, welche zwei politische Gaue scheidet. Oefter aber fällt das Gebiet einer Mark ganz in die politische Landestheilung, die ja ursprünglich auf den Gemeinden ruht und hinwieder in ihnen ihre natürliches Ende erreicht. Daher mag in alter Zeit die weitere Mark oft dem Gebiete einer Hundertschaft gleichkommen, und die engere Mark dem Bann der alten zu jener gehörigen Dörfer entsprechen. Beide Bedeutungen „weitere und engere Mark" konnten sich um so eher lebendig erhalten, wenn nicht die ganze weite Urmark, sondern nur Stücke derselben unter die Dörfer vertheilt wurden und andere Stücke jener (z. B. auf dem Hochgebirge) auch nachher noch den Genossen aus allen Dörfern gemein blieben. Erst der weitere Ausbau aber und die Entwicklung der Zeit brachte weitere Theilungen und genauere Abgränzungen nach allen Seiten hervor. In früherer Zeit gingen oft die entfernten gemeinen Wälder und Weiden der einen Markgenossenschaft in die der andern ohne Gränzausscheidung über, wie lange nachher noch auf dem Gebiete eines Sees, an dessen Ufer mehrere Dörfer liegen, keine Dorfmarken sichtbar werden.

Der Mark, als dem gemeinsamen landwirthschaftlichen Gebiete, entspricht dann die Markgenossenschaft als die persönliche Verbindung der Markgenossen, welche jenes Gebiet sey es unter sich getheilt haben, sey es ohne Theilung in Gemeinschaft bewirthen und nutzen, und deren Verbindung über die gemeinen Interessen verfügt. Der Gegensatz ist ein ähnlicher wie der von Land und Volk, nur daß in dem letztern, wie überhaupt im Staatsrecht, die concentrische Einheit des Ganzen naturgemäß energischer hervortritt, in dem erstern dagegen zwar die Einheit des Ganzen auch sichtbar wird, aber doch sofort die Richtung nach der

Peripherie überwiegt, so daß die Einheit der Genossenschaft sich wesentlich als Gemeinschaft der Genossen zunächst an der gemeinen Mark darstellt, dann in der Feld- und Flurgemeinschaft sich nur noch als Beschränkung des Hubenbesitzes erweist, endlich sich vollständig auflöst in die abgeschlossenen Höfe des Dorfs.

Dr. Bluntschli.

XI.

Karl Friedrich Eichhorn.

Nekrolog.

Am 4 Juli ist zu Köln ein um unser Vaterland hochverdienter Mann, einer der ersten Gelehrten Deutschlands, der Schöpfer einer wissenschaftlichen Behandlung des deutschen Rechtes, Karl Friedrich Eichhorn, gestorben.

Ein Sohn des berühmten Theologen und Historikers Johann Gottfried Eichhorn, war Karl Friedrich am 20 November 1781 zu Jena geboren, verließ indessen seine Vaterstadt bereits in seinem 7ten Jahre und siedelte nach Göttingen über, wo sein Vater bis zu seinem Tode, im Jahre 1827, eine der Hauptzierden der Universität bildete. Schon in seinem 17ten Jahre konnte der reichbegabte junge Mann die Universität Göttingen beziehen und sich unter Pütter's, Hugo's und Runde's Leitung dem Studium der Jurisprudenz widmen. Bereits im Jahre 1801 erwarb er zu Göttingen die juristische Doctorwürde. Sein Entschluß war es, sich der Universitäts-Laufbahn zuzuwenden und namentlich über öffentliches Recht zu dociren; da er indessen von der Ueberzeugung durchdrungen war, daß bloß gelehrte Kenntnisse hierzu nicht ausreichen, daß vielmehr daneben eine praktische Anschauung der Lebensverhältnisse noth thut, so besuchte er in den Jahren 1801 und 1803 Wetzlar und Wien und lernte den Geschäftsgang des Reichs-Kammergerichtes und des Reichs-Hofrathes näher kennen, so wie er sich auch längere Zeit zu Regensburg, dem Sitze des Reichstages, aufhielt.

Nach Göttingen zurückgekehrt, habilitirte sich Eichhorn an der Universität, hielt Vorlesungen und trat 1804 in das Göttinger Spruch-Collegium ein, welches damals eine große Anzahl von bedeutenden Rechtsfällen zu entscheiden oder zu begutachten hatte. Indessen schon 1805 verließ er Göttingen und folgte einem Rufe als außerordentlicher Professor der Rechte nach Frankfurt a. d. O. Hier finden wir ihn bereits mitten in den Studien begriffen, durch die er so großes leisten sollte. Er ließ in Frankfurt im Jahre 1808 den ersten Band seiner deutschen Staats- und Rechtsgeschichte erscheinen und entwickelte in der Vorrede zu ihm die Grundsätze über Behandlung des deutschen Rechtes, denen er in allen seinen späteren Schriften treu geblieben ist, und die ihn, nachdem er 1811 nach Berlin, bei Stiftung der Universität, versetzt worden war, veranlaßten, im Jahre 1815 mit Savigny die Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft zu gründen, deren erstes Heft eine weitere Ausführung seiner Ideen enthält.

Aufklärung des Rechtes der Gegenwart aus seiner gesammten Entwicklung, da kein geltendes Recht ohnedieß völlig verstanden und richtig angewendet, noch viel weniger glücklich auf legislativem Wege verbessert werden kann, — das ist der Grundgedanke, den Eichhorn verfolgt und den er auf das deutsche Recht in allen Beziehungen angewendet wissen will. Es ist ihm klar, daß im geltenden Rechte Deutschlands neben recipirtem römischen Recht eine Fülle von urdeutschem oder in Deutschland aus eigenthümlicher Wurzel erwachsenem Recht sich findet; diesen nationaldeutschen Bestandtheil des Rechtes in Deutschland, der schmählich vernachlässigt worden ist, will Eichhorn gewürdigt wissen; er ist nicht ein Aggregat zufällig entstandener particularrechtlicher Satzungen, sondern es wohnt in ihm eine einheitliche Seele. Allen den vielgestaltigen Particularrechten, wie sie in den zahllosen deutschen Territorien und Ortschaften gelten, liegt ein Gemeinsames zu Grunde, und das eben ist das gemeine deutsche Recht. Dieses gemeine deutsche Recht ist vorhanden, weil eine deutsche Nation existirt, deren Individualität sich durch ihre eigenthümliche Sprache, ihre Anschauungen, ihren ganzen Ideenkreis, und also auch ihr Recht bekundet. Freilich tritt dieses Recht wie die Sprache in den einzelnen Gegenden Deutschlands in verschiedenen Färbungen auf; das hindert aber nicht, so wenig wie bei dem in ver-

schiedenen Farben gebrochenen Lichte, das allen zu Grunde liegende Ursprüngliche, Ungefärbte zu erkennen. Aus diesem nationalen deutschen Rechte sind die einzelnen particulären Rechte in Deutschland zu interpretiren, aus ihm zu ergänzen; es ist daher dieses deutsche Recht ein gemeinsames subsidiäres Recht Deutschlands, und zwar ein entschieden höchst praktisches. Der Weg aber, auf dem jenes gemeine deutsche Recht ermittelt werden muß, kann nach seiner Entstehung aus einer gemeinsamen nationalen Grundlage kein anderer seyn, als ein Zurückverfolgen der einzelnen gegenwärtig in Deutschland geltenden Rechts-Institute und Rechts-Satzungen bis zu ihren frühesten Gestaltungen, wo möglich bis zu den Punkten, wo sich das particularistisch Abweichende von dem Gemeinsamen, Uebereinstimmenden abgezweigt hat, wo die urverwandten nationalen germanischen Stammrechte sich in einzelne, mannichfaltig schattirte Territorial- und Ortsrechte gespaltet haben. Der Proceß des Wachsthums und Werdens des an den einzelnen Orten heute geltenden Rechtes muß erforscht werden, und zwar herab bis auf die heutige Stunde, um daraus jene gemeinsame Grundlage, in der eben das gemeine deutsche Recht besteht, im Gegensatze zum Local- oder Territorial-Eigenthümlichen, d. i. zum particulären Rechte, zu gewinnen. Die Methode der Behandlung kann also nur eine historische seyn. Es handelt sich nicht um Aufstellung eines bloß gedachten Rechtes, um philosophische Construction eines möglichen oder individuell für zweckmäßig gehaltenen Rechtes, sondern um Ermittlung eines bestimmten, positiv vorhandenen Rechtes, das, soweit es nicht durch particuläres Recht ausgeschlossen wird, in jedem einzelnen Orte Deutschlands gilt, weil er ein Theil Deutschlands ist. Um nun das nothwendige historische Material zu erlangen, ist Durchforschung aller Nachrichten über das deutsche Recht erforderlich, mögen sie sich nun in unmittelbaren Rechtsquellen, in Urkunden, Chroniken oder sonst wo finden; ist sogar, um manche in Deutschland verschüttete ursprüngliche Ideen und Anschauungen des altdeutschen Rechtes aufzudecken, Benutzung der verwandten Stammrechte, insbesondere des nordischen und englischen, nothwendig, wie wir denn auch aus einzelnen späteren glücklichen Entfaltungen dieser Rechte die Entwicklungs-Fähigkeit bei uns ebenfalls vorhandener urgemeinschaftlicher Rechts-Institute zu ermessen haben. Der Weg ist ein weiter,

die Methode mühevoll; das kann und darf nicht abschrecken: es ist der einzig mögliche Weg, auf dem das uns gegebene Ziel erreicht werden kann.

So Eichhorn's Auffassung. Und er gieng frisch ans Werk und hat ein kolossales Stück tüchtiger Arbeit geliefert, für das die ganze deutsche Nation ihm ihren wärmsten Dank schuldet. — In seiner deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, die in vier Bänden in fünf verschiedenen, mehr und mehr vervollständigten und verbesserten Auflagen erschienen ist, wollte Eichhorn die historische Grundlage für das gesammte heutige, in Deutschland geltende, in ihm entsprungene Recht liefern, für das Privatrecht, wie für das Staatsrecht, Kirchenrecht, Strafrecht und Proceßrecht. Er entwirft aus allen ihm zugänglichen Quellen ein Bild des Staates und Rechtes in Deutschland in der ältesten Zeit, ein zweites nach der Völkerwanderung, ein drittes nach Aussterben der karolingischen Könige, ein viertes im dreizehnten Jahrhundert, ein fünftes im Zeitalter der Reformation, ein sechstes im Anfange unseres Jahrhunderts. An die Rechtsgeschichte schließen sich dann, sie ergänzend, verschiedene Aufsätze an, in denen er einzelne Punkte weiter ausführt, die ihm einer noch specielleren Ausführung bedürftig scheinen, als es der ihnen in der Rechtsgeschichte zugemessene Raum gestattet; sie sind in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft und in den Abhandlungen der Berliner Akademie der Wissenschaften abgedruckt. Nach Vollendung der ersten Auflage dieser umfangreichen Arbeit im Jahre 1822 unternahm Eichhorn die dogmatische Darstellung einzelner Theile des heutigen Rechtes in Deutschland, um zu zeigen, „auf welche Weise die historischen Grundlagen des Rechtes benutzt werden müssen, um auf sie eine praktische Theorie des heutigen Rechtes zu gründen, die für Anwendung der geltenten Gesetze und für das Geschäft der Gesetzgebung von gleicher Wichtigkeit ist.“ (Eichhorn, Rechtsgeschichte, Bd. 4, in der Vorrede.) Im Jahre 1823 veröffentlichte er eine, seitdem in fünf Auflagen erschienene Darstellung des gemeinen deutschen Privatrechtes, mit Einschluß des Lehn- und Handelsrechtes, so wie 1831 und 1833, in zwei Bänden, eine Darlegung der Grundsätze des Kirchenrechtes der katholischen und evangelischen Religions-Partei in Deutschland.

Das sind die inhaltsreichen gelehrten Schriften des Verstorbenen,

und er hat sie neben einer sehr umfassenden Thätigkeit als Universitätslehrer und praktischer Jurist verfaßt. Im Jahre 1811 war er von Frankfurt nach Berlin versetzt worden; dort traf ihn der Aufruf König Friedrich Wilhelm's des Dritten vom 17 März 1813 zur Bildung der Landwehr. Eichhorn trat in das vierte kurmärkische Landwehr-Regiment, wurde Rittmeister und Escadrons-Chef, machte die Schlachten bei Dennewitz und Leipzig mit, zog mit dem Bülow'schen Corps in Paris ein, und erhielt für seinen kühnen, unerschrockenen Muth neben dem russischen Wladimir-Orden das eiserne Kreuz zweiter Classe. Aus dem Felde zurückgekehrt, setzte er in Berlin seine Vorlesungen über deutsche Rechtsgeschichte, sowie über deutsches Staatsrecht, Privatrecht und Kirchenrecht bis zum Jahre 1817 fort. Damals gab er dem sehnlichen Wunsche seines alternden Vaters nach und folgte einem Rufe nach Göttingen, wo er über dieselben Gegenstände lehrte, daneben an den praktischen Arbeiten des Spruch-Collegiums theilnahm und eine Menge von publicistischen Gutachten über schwierige Rechtsfälle ausarbeitete, die in den verschiedensten Theilen Deutschlands in Frage kamen, und über die von den Betheiligten die Ansicht des berühmten Publicisten gewünscht wurde. Kränklichkeitshalber legte er 1829 sein Amt in Göttingen nieder und zog sich nach Ammern, einem von ihm bei Tübingen erkauften Gute, zurück. Allein im Jahre 1832 ließ er sich durch die dringenden Bitten seiner Berliner Freunde bewegen, einen Ruf an die Berliner Universität, verbunden mit einer Stellung als geheimer Legationsrath im auswärtigen Ministerium, anzunehmen. Zwei Jahre las er in Berlin über Staatsrecht und Kirchenrecht; dann zog er es vor, seine Wirksamkeit an der Universität mit der Stellung als geheimer Ober-Tribunalrath zu vertauschen. Er wurde 1838 zum Mitgliede des Staatsrathes, 1842 zum Mitgliede der Gesetzes-Commission, 1843 zum geheimen Ober-Justizrathe ernannt. In den Jahren 1838—41 und 1841—46 war er zugleich Spruchmann beim deutschen Bundes-Schiedsgerichte, und 1843 Mitglied des Ober-Censurgerichtes, welch letztere Stellung er jedoch freiwillig am 1 April 1844 niederlegte.

Werfen wir nun noch einen Blick auf Eichhorn's gesammte Leistungen und auf seine ganze Persönlichkeit. Er war ein edler, hochbegabter, sehr gelehrter praktischer Mann, nichts weniger als

ein bloßer Buch-Gelehrter, dem das Leben der Gegenwart fern steht und der sich in ihm nicht zu bewewegen weiß. Mit riesigem Fleiße hatte er sich ein ungeheures Wissen angeeignet. Niemand hat die gesammte deutsche Rechts-Entwicklung, von der frühesten Zeit bis auf die Gegenwart herab, genauer gekannt als er; es ist ihm dabei stets um Aufklärung der Gegenwart aus der Vergangenheit zu thun gewesen; ihm sind die älteren deutschen Volks- und Rechtszustände hochwichtig, insofern sie ihm zum Verständniß der Gegenwart dienen, nicht um ihrer selbst willen; er ist kein Antiquar, sein Standpunkt ist überall, in der frischen Gegenwart, und er schaut rückwärts, um dadurch für die Gegenwart zu lernen. Als Rechtshistoriker besaß Eichhorn eine seltene Intuition, wie sie nur einzelnen wenigen Meistern der historischen Kunst zu Theil geworden ist; die Rechts-Institute vergangener Zeiten gewinnen unter seinen Händen bestimmte Gestalten, werden Körper mit Fleisch und Blut, bleiben nicht bloße Nebelwolken, die, wenn man ihnen nahe tritt, ins Unbestimmte zerfließen und unfähig sind, das heutige Recht irgendwie aufzuklären und zu befruchten. Daß die von ihm gezeichneten Gestalten nicht überall völlig correct aufgefaßt sind, versteht sich von selbst; wie wäre das auch möglich gewesen bei der Masse des zu bewältigenden Stoffes, der erst wenig verarbeitet vorlag, zum Theil noch gar nicht aus den Schachten der Archive zu Tage gefördert war! Bei der Schilderung einiger Rechts-Institute, namentlich der ältesten Zeit, hat Eichhorn sogar Wesen abgespiegelt, die in dieser Weise nie existirt haben; das haben neuere Special-Untersuchungen in einigen Punkten dargethan, und werden es unfehlbar noch in anderen thun. Kleinlich aber ist es und verräth Mangel an aller Uebersicht über das gewaltige Feld, das Eichhorn bebaut und dem er die ergiebigsten Früchte abzugewinnen verstanden hat, wenn einzelne Neuere deßwegen Eichhorn's Leistungen herabwürdigen; zumal sie meist nur die von Eichhorn urbar gemachten Fluren neu ackern, und vergessen, daß es in der Natur der Dinge liegt, daß manche Früchte im Neubruch noch nicht wachsen können! Außerdem bleiben nicht wenige dieser Tadler, indem sie der Eichhorn'schen Darstellung eine richtigere, quellenmäßigere entgegenzusetzen wähnen, bei einem rein äußerlichen Aufzählen von Einzelheiten stehen, oder entwerfen Bilder von Wesen, die, wie jeder Kenner des Lebens einräumen

muß, in der Weise in keiner Zeit existirt haben können, da ihnen jede Lebensfähigkeit abgehen würde. Aber gerade in der Fähigkeit des Reproducirens von unseren Blicken entrückten Gestalten, aus einzelnen Fragmenten und Linien zeigt sich die künstlerische geistige Begabung des Historikers, und diese historische Intuition ist es, die wir bei Eichhorn so hoch anschlagen. Mag er immerhin einzelne Gestalten falsch uns vorgeführt haben, er hat uns hundert andere unbedingt richtig abgespiegelt — noch mehr: er hat uns versetzt in vergangene Perioden unseres Rechtes und sie für die Gegenwart nutzbar zu machen gelehrt. Ich stehe nicht an zu behaupten, wir verdanken ihm den größten Theil dessen, was wir heute in Deutschland über unsere Rechtsentwicklung wissen; man vergleiche die vor Eichhorn entworfenen dürftigen, leeren, leblosen Darstellungen über unser älteres Recht mit seinen Büchern; und auch bis zur gegenwärtigen Stunde wird selbst der Kundigste über gar viele Punkte der deutschen Rechtsentwicklung nirgend anders als in Eichhorn's Rechtsgeschichte Belehrung suchen und finden.

Als Docent haben wenige sich eines gleichen Beifalls zu erfreuen gehabt wie Eichhorn; kein Göttinger Auditorium reichte aus, um seine Zuhörer zu fassen; er sah sich genöthigt, eine Scheune zu miethen, Tische und Bänke hinein zu stellen und drin zu lesen. Sein lebendiger schneller Vortrag hatte etwas ungemein anregendes, ergreifendes; überall führte er auf die Quellen zurück, und zwang gleichsam seine Zuhörer zu ihrem Studium. Er wollte eben so wenig auf dem Katheder, wie in seinen gelehrten Schriften irgendwie mehr geben als er wußte; in keiner Weise war es seine Absicht, Punkte die ihm dunkel waren, zu verdecken, sich hinter Redensarten zu verstecken, durch hingeworfene Worte Unbestimmtes ahnen zu lassen, oder durch Schlaglichter zu blenden. Die einfache, offene, unmittelbare Darlegung der behandelten Sache fesselte und führte Schaaren seiner Zuhörer zu einer dauernden, ernsten Beschäftigung mit den von ihm behandelten Gegenständen. Sein Vortrag war an sich nicht schön zu nennen, aber man vergaß seine Mängel völlig über den Gegenständen die er behandelte. Oft brach der Redner seine begonnenen Sätze ab, sprang plötzlich auf andere Punkte über, indem er den behandelten Gegenstand von verschiedenen Seiten zu erfassen strebte. Auch in seinen Büchern verwendete er auf Glätte des Styls wenig Fleiß, und

indem er Massen von ihm zuströmenden Gedanken zusammendrängt, werden seine Sätze nicht selten schwerfällig, mitunter sogar schwer verständlich. Ueberhaupt legte er auf äußere Anordnung des Stoffes geringen Werth; es kam ihm alles darauf an, den inneren Zusammenhang der einzelnen Rechtslehren zu erfassen, ihn zu verkörpern und zur Anschauung zu bringen. Auf das dogmatische Detail, auf das feine, scharfe Ausspinnen der juristischen Begriffe, wie wir es von den römischen Juristen zu lernen haben und in hohem Grade in einigen ausgezeichneten neueren juristischen Meisterwerken bewundern müssen, ließ er sich in seinen Vorlesungen, wie in seinen Schriften weniger ein; das von ihm angebaute Feld mochte auch vielleicht zu dieser feineren Cultur noch nicht befähigt seyn.

Als Praktiker genoß Eichhorn eines weit verbreiteten, sehr großen Ansehens. Sein gesunder, praktischer Sinn wurde durch ein selten treues Gedächtniß, das ihm den reichen Schatz seiner Kenntnisse stets gegenwärtig seyn ließ, unterstützt, und da ihm durch die Bearbeitung von Massen der schwierigsten, verwickeltsten Rechtsfälle aus den verschiedensten Gegenden Deutschands eine praktische Erfahrung zu Gebote stand wie wenigen, so mußte dieß als höchst natürlich erscheinen. Auch als Mitglied des Staatsrathes und der Gesetzes-Commission in Berlin wurden seine Kenntnisse, seine Umsicht, sein Beherrschen des Stoffes bewundert; er hat eine Reihe der wichtigsten Gesetze, die nach 1838 in Preußen erlassen worden sind, bearbeitet oder doch mitberathen. Auch an der Abfassung des Entwurfs einer Wechselordnung, aus der mit geringen Modificationen später die allgemeine deutsche Wechselordbung hervorgegangen ist, hat er reellen Antheil genommen.

Im geselligen Verkehr zeichnete Eichhorn sein liebenswürdiges, frisches, offenes Wesen aus; er war bereit, auf die verschiedensten Fragen in traulichem Zwiegespräche einzugehen, liebte es besonders, über wissenschaftliche Punkte ausführlich zu sprechen. Es werden mir, der ich diese Zeilen schreibe, zeitlebens jene Stunden zu den unvergeßlichsten gehören, wo ich mit ihm in Göttingen und später in Berlin auf weiten Spaziergängen die verschiedensten Materien in eifrigster Rede und Gegenrede durchsprach, überall von ihm zu lernen hatte, und er nirgends seine Ueberlegenheit fühlen ließ. Da war keine Spur zu merken, daß er keinen Widerspruch hätte

ertragen können; gar manchmal räumte er nach längerem Disput die Unhaltbarkeit einer von ihm früher entwickelten Ansicht ein, erklärte einfach sich geirrt zu haben, oder gab an, wie seine Ansicht durch Nichtkennen bestimmter Facta, oder Bauen auf von ihm für wahr gehaltene gangbare Annahmen entstanden sey. — Es war ihm eben nur um Wahrheit zu thun, und es erfreute ihn jede kleine Berichtigung seines Wissens, wie ihm die Aufklärung der gewichtigsten Fragen seiner Wissenschaft am Herzen lag.

Von Haus aus hatte Eichhorn eine kräftige, stämmige Körper-Constitution; ein helles blaues Auge, das offen und klar um sich schaute; nur litt er früh an Ueberfüllung der Säfte, an Andrang des Blutes zum Kopf, was durch Mangel an Bewegung und Muskel-Anstrengung, wie es seine sitzende Lebensweise mit sich führte, gesteigert und durch sein jahrelanges übermäßiges Arbeiten wesentlich verschlimmert wurde. Schon 1829 glaubte er nicht mehr fähig zu seyn, den großen Ansprüchen die er an sich stellte, körperlich genügen zu können, und legte deßwegen sein Amt in Göttingen nieder. Durch den Aufenthalt auf seinem Gute Ammern, wo er sich lebhaft für dessen Bewirthschaftung interessirte und sich viel in freier Luft bewegte, erholte er sich wieder und übernahm die ihm angetragene Stellung in Berlin, klagte aber bald, daß ihn seine Vorlesungen echauffirten, und wiederholte in den folgenden Jahren immer wieder, daß er nicht mehr fähig sey, ordentlich zu arbeiten. Ferner Stehende hielten solche Aeußerungen für Hypochondrie; er wies das aber stets mit der einleuchtenden Bemerkung zurück, wie unendlich gern er noch eine Reihe von Arbeiten, die er sich vorgenommen habe (wie über Staatsrecht, Volksvertretung, Geschwornengerichte), ausführen würde, da ihm angestrengtes Arbeiten stets ein Vergnügen gewesen sey, wenn seine Körperkräfte es ihm gestatteten. — Seit dem Jahre 1850 verschlimmerte sich sein Zustand wesentlich; im Januar 1851 trat ein Schlaganfall ein, der sich später öfter wiederholte; am 4 Juli 1854 machte ein sanfter und schmerzloser Tod seinem Leben ein Ende.

Eichhorn hinterläßt eine tiefgebeugte Wittwe, Tochter des früheren Professors der Geschichte Johann Christoph Heinrich zu Jena, und zwei Kinder, einen Sohn, Appellationsgerichtsrath zu Köln, bei dem er die letzte Zeit seines Lebens zubrachte, und eine

Tochter, verehelicht mit dem Schloß-Hauptmann von Hedemann zu Hannover; möge ihnen Gott Trost spenden für den Verlust des trefflichen Gatten und Vaters; wir aber alle, denen uns sein Andenken stets unvergeßlich bleiben wird, wollen es dadurch würdig zu feiern suchen, daß wir seine geistigen Errungenschaften weiter zu führen und für unser gesammtes öffentliches und Privat-Recht zum Heil unseres Vaterlandes nutzbar zu machen trachten.

Geschrieben, den 15 Juli 1854.

Karl Freiherr v. Richthofen.

XII.

Kurze Anzeigen.

14) **Deutsches Staats- und Bundesrecht. Von Dr. Heinr. Albert Zachariä, Professor der Rechte zu Göttingen. Zweiter Theil. Das Regierungsrecht der Bundesstaaten und das Bundesrecht. Zweite Aufl. Göttingen 1854. 8. XIV und 870 S.**

Dem im vorigen Band (S. 440) angezeigten ersten Theil des deutschen Staats- und Bundesrechtes von H. A. Zachariä ist nun auch der zweite Theil nachgefolgt, und so das ganze Werk nun vollendet. Indem wir uns eine genauere Besprechung des reichen Inhaltes desselben für eine spätere Gelegenheit vorbehalten, bemerken wir nur, daß der eben erschienene zweite Theil, der das Regierungsrecht, d. i. die Grundsätze über die Ausübung der Hoheitsrechte in den Bundesstaaten und das Bundesrecht umfaßt, in gleichem Sinne und nach gleichem Plane wie der erste ausgeführt sey. Der Abschnitt über das Regierungsrecht der Bundesstaaten hat sowohl in Bezug auf die Anordnung des Stoffes, als durch Bereicherung und Vermehrung des Inhaltes wesentliche Verbesserungen erfahren. Ueber den Grundsatz, der den Verfasser bei der Abgränzung zwischen dem gemeinen und dem particularen Staatsrechte geleitet hat, spricht sich derselbe in der Vorrede S. V dahin aus, daß er jene Principien als gemeines Recht betrachte, „in Betreff welcher das allgemeine deutsche Rechtsbewußtseyn einen bestimmt erkennbaren Ausdruck gefunden hat," wobei er noch ausdrücklich hervorhebt, er habe sich dabei vor dem Fehler zu bewahren gesucht, aus bloß particularrechtlichen, nur zufällig mehreren Staaten gemeinsamen Institutionen ein gemeines Recht bilden zu wollen. Daß dieser Grundsatz eine große Dehnbarkeit besitze, kann man ihm zum Vorzuge rechnen, freilich aber auch den Tadel der Unbestimmtheit hieraus herleiten.

Das Bundesrecht hat der Verfasser, wie schon in der ersten Auflage mit Recht, nicht nach dem für das Staatsrecht passenden Systeme (wie dieses früher bei Maurenbrecher, Weiß u. a. geschah) angeordnet, sondern er hat das Material nach einer dem rechtlichen Charakter des Bundes anpassenden Systematik behandelt. Dem Bedauern, welches der Verfasser über die beklagenswerthe Zurückhaltung der Bundestagsprotokolle (Vorr. S. VII ff.) äußert, wird gewiß jeder Deutsche aus vollem Herzen beistimmen. Die Nichtveröffentlichung berührt freilich nicht bloß die Interessen der Rechtswissenschaft, sondern in noch viel höherem Grade jene der Politik; solange die Verhandlungen der Bundes-Versammlung geheim gehalten werden, wird dieselbe sich auch das Vertrauen des deutschen Volkes nimmermehr gewinnen, und sonach auch jeder Gewähr ihrer Dauer entbehren.

15) Das altgermanische Königthum. Von Dr. F. M. Wittmann, Adjuncten des k. b. Reichsarchives und ord. Mitgliede der k. Akademie der Wissenschaften in München. München, J. A. Finsterlin; 8., 139 S.

Nach einer kurzen Einleitung, S. 3—13, behandelt der Hr. Verfasser der Reihe nach die Demokratie, S. 14—21 die principes, S. 22—81 die Gefolgschaft, S. 82—95 den Adel, S. 96—123 endlich die Entstehung des Königthums bei den Deutschen, S. 124—39, doch so, daß die Untersuchung eigentlich nur dem letzteren gelten, alles andere dagegen nur beiläufig und so weit jener Zweck es fordert, betreffen soll. Dabei geht Hr. W. von dem Satze aus: „Die ursprüngliche Verfassung der Deutschen war die monarchische; zu keiner Zeit, also weder ursprünglich noch späterhin, und bei keinem germanischen Volksstamme die demokratische;“ derselbe tritt demnach in bestimmtester Weise der neueren Litteratur entgegen, welche ziemlich übereinstimmend umgekehrt die Monarchie als erst später bei den Germanen aufgekommen betrachtet, oder doch, wenn ja für vorhistorische Zeiten deren Ursprünglichkeit behauptet werden will, wenigstens für die älteste geschichtlich nachweisbare Zeit das Nebeneinanderbestehen monarchischer und nichtmonarchischer Verfassungsformen zugibt. — Zur Begründung seines Satzes stützt sich der Hr. Verfasser zunächst auf das bekannte Argument, daß die Monarchie als die aus der

Familie naturgemäß sich entwickelnde Verfassungsform nothwendig die älteste seyn müsse, und daß sie darum allerwärts als die ursprüngliche sich nachweisen lasse, was sofort durch einige Citate aus griechischen und lateinischen Autoren belegt wird. Ohne uns bei dieser Deduction irgend aufhalten zu wollen, möchten wir doch zu bedenken geben, daß, wenn die Familie im engeren Sinne herrschaftliche Structur zeigt, umgekehrt die Structur der Verwandtschaft als gens ebenso natürlich eine genossenschaftliche ist, und daß sich unmöglich aus inneren Gründen erschließen läßt, ob die Verfassung eines einzelnen Volkes sich diese oder jene zum Muster genommen habe; daß ferner in Fragen der vergleichenden Rechtsgeschichte die Aussprüche des Aristoteles oder Polybius, des Cicero oder Sallust heutzutage ebensowenig eine Auctorität behaupten, als es noch gestattet ist aus einzelnen Notizen über griechische und römische Zustände sofort einen Schluß auf das allgemein und bei allen und jeden Völkern Vorkommende zu ziehen. — Wenn Hr. W. sodann seine Ansicht aus den Quellen der deutschen Geschichte selbst zu erweisen sucht, so bestrebt er sich vor allem, in die bekanntlich sich vielfach widersprechende Terminologie der classischen Autoren feste Ordnung zu bringen. Er geht dabei aus von der Annahme, daß manche Historiker, z. B. Tacitus, den Königstitel nur den Regenten gesammter Völkerschaften beilegen, und die Häuptlinge einzelner Volksabtheilungen nur als principes u. dgl. bezeichnen, während andere, z. B. Ammianus, auch diesen letzteren den königlichen Namen beilegen, falls sie nur ihrem Bezirke in erblicher Eigenschaft vorstehen. Die Könige in diesem letzteren Sinne (Volksfürsten oder Theilfürsten) sollen dabei von den bloßen Gauhäuptlingen (Gaufürsten oder Gaugrafen nennt sie der Verfasser) scharf zu scheiden seyn, obwohl Tacitus diese wie jene principes nenne; die letzteren seyen jederzeit nur gekorene, nicht geborene Vorsteher ihres Bezirkes. Könige habe nun jedes deutsche Volk an seiner Spitze gehabt, sey es nun Volkskönige oder Theilkönige, und das Vorkommen dieser letzteren sey immer auf Erbtheilungen in einem einheitlichen königlichen Geschlechte zurückzuführen; die Stellung solcher Theilkönige sey dabei ganz dieselbe gewesen, wie die der später aus den wiederholten Theilungen im Merowingischen Hause hervorgegangenen Frankenkönige, d. h. es seyen dieselben von einander völlig

unabhängig gewesen, und habe keine aus der Gesammtheit der von ihnen regierten Landschaften hervorgegangene Nationalversammlung über ihnen gestanden, obwohl die Einheit des Volksganzen troz dieser Zersplitterung der Regierungsgewalt nicht verloren gegangen sey.

Unläugbar richtig, aber freilich durchaus nicht neu, ist an dieser Auffassung die Scheidung zwischen Volkskönigen und Bezirkskönigen, und nicht minder die Scheidung zwischen diesen letzteren und den gewählten Bezirksvorstehern; als neu, aber freilich auch nicht als richtig, möchten wir dagegen die Annahme bezeichnen, daß alle deutschen Völker wenn nicht Volks- so doch Bezirkskönige über sich gehabt, und daß demnach die gekorenen Gauhäuptlinge nicht alternativ neben den geborenen, sondern jederzeit unter diesen gestanden hätten; — daß ferner die Bezirkskönige eines jeden Volkes immer einem und demselben Geschlechte angehört hätten, und somit immer nur aus Erbtheilungen hervorgegangen seyen; — daß dieselben endlich von einander völlig unabhängig gewesen, und durch kein gemeinsames Volksding zusammengehalten worden seyen. In der ersteren Beziehung scheint bezeichnend, daß Tacitus gerade umgekehrt bei seinen principes, unter denen er selbst wenigstens nicht scheidet, allgemein die Wahl durch das Volk voraussetzt, und die Erblichkeit, die nur seltener und nicht in voller Schärfe ausgeprägt vorkommen mochte, ganz ignorirt; in den beiden letzteren Beziehungen aber geben zumal die Zustände des germanischen Nordens den bestimmtesten Aufschluß. Von den Volkskönigen (thjodhkonungar, einvaldskonungar) werden hier die Bezirkskönige (fylkis-, heradhs-, smakonungar, unter Umständen auch skatt- oder undirkonungar) scharf geschieden, und die erhaltenen Stammbäume zeigen, daß die Abstammung dieser Kleinkönige keineswegs immer oder auch nur regelmäßig eine gemeinsame war; daneben zeigt das eigentliche Schwedenland, Götaland, die norwegische Landschaft Thrandheim u. s. w. je eine Verbindung einer größeren oder geringeren Zahl von Bezirken, deren jeder seinen König an der Spitze hat, zu einer höheren staatlichen Einheit, welche im allsherjarthing zu Upsala, im allra Gauta thing, in der gemeinsamen Opferstätte zu Hladhir und dem Frostuthing ihren Ausdruck und Mittelpunkt findet, ganz wie in Island jeder einzelne Gode zwar seine eigenen Dingleute für sich

regiert, daneben aber zum Frühlingsdinge je 3, zum Viertelsdinge je 9, endlich zum althing oder allsherjarthing alle 36 (39) Goden des gesammten Landes zusammentreten. Aus diesen und ähnlichen Vorkommnissen möchten wir den Schluß ziehen, daß die Stellung der Bezirkskönige nur in Bezug auf die ihnen gleichfalls zukommende Erblichkeit der der Volkskönige, in allen anderen Beziehungen aber der der gewählten Bezirkshäuptlinge analog stehe; ja sogar zwischen der Erblichkeit einerseits und der Wählbarkeit andererseits liegen so mancherlei Zwischenstufen in der Mitte, daß auch dieser Unterschied von der auf den ersten Anblick ihm scheinbar zukommenden Schärfe gar viel verliert. Mußten doch, was Hr. W. (S. 114) mit Unrecht für die ältere Zeit läugnet, selbst die Könige sich bei ihrer Thronbesteigung wenigstens der Formalität einer Wahl unterziehen, und daß es sich dabei unter Umständen um mehr als eine bloße Formalität handelte, zeigt das Beispiel des Schwedenkönigs Rögnwaldr, der wegen Nichtbeobachtung der dabei üblichen Gebräuche vom westgötischen Volk erschlagen wurde! Die enge Berührung aber der gewählten Gauhäuptlinge und der Bezirkskönige einerseits, dieser letzteren und der Volkskönige andererseits genügt vollkommen, um das Schwanken in den Ausdrücken der Classiker zu erklären; bei den Deutschen selbst ist der Gebrauch der Titel nicht fest, wie denn z. B. Kindins, womit Ulfilas nicht βασιλεύς sondern ἡγεμών überträgt, bei Ammian in der Form hendinos als Titel der burgundischen Könige figurirt. Die öfter wiederkehrenden Kämpfe um die königliche Gewalt erscheinen in der Regel nur als Kämpfe um die Alleinherrschaft, und es kann daher z. B. von Arnim, obwohl dessen genus ein regium, nämlich ein bezirkskönigliches war, recht wohl gesagt werden, er sey getödtet worden regnum adfectans, nämlich wegen seines Strebens nach der Alleinherrschaft über den ganzen Staat. Dabei darf unter Verweisung auf die bekannten Vorgänge in der fränkischen, angelsächsischen, dänischen, norwegischen Geschichte u. s. w. das höhere Alter der Vielherrschaft gegenüber der Alleinherrschaft mit der vollsten Entschiedenheit behauptet werden, und es kann demnach höchstens noch die Frage nach dem höheren Alter der durch Wahl oder der nach Erbrecht verliehenen Würden innerhalb der einzelnen Bezirke aufgeworfen werden.

Aber noch in einem anderen und weit bedeutsameren Sinne

läßt sich die Frage nach dem monarchischen oder demokratischen Charakter der germanischen Urverfassung stellen. Neben der rein äußerlichen Thatsache, ob ein einzelner Häuptling oder eine Mehrheit von solchen an der Spitze des Staates stehe, ob ferner die Würde dieser Häuptlinge durch Wahl oder durch Erbrecht besetzt werde, wird nämlich offenbar bei der Classificirung der Verfassungsformen noch der weitere Unterschied schwer ins Gewicht fallen, den hier wie dort die verschiedene Abgränzung der den Häuptlingen eingeräumten Gewalt, die verschiedene Vertheilung der politischen Macht und Berechtigung zwischen diesen und den übrigen Staatsbürgern begründet. Nach dieser Seite nun glaubte man bisher ganz allgemein die altdeutsche Verfassung als eine entschieden demokratische bezeichnen zu dürfen; mochte ein Volkskönig an der Spitze des einzelnen Staates stehen, oder eine Mehrheit von Kleinkönigen, oder endlich eine Anzahl gewählter Beamter, immer war die oberste Entscheidung — so nahm man an — nicht bei jenen, sondern bei der freien Gemeinde, deren Willen jene nur zu vollstrecken hatten. Ganz entgegengesetzter Ansicht ist unser Herr Verfasser. Wenn er auf der einen Seite die sonst dem Königthum eingeräumten Befugnisse, offenbar um neben seinen Königen noch für die Herzogswahl eine Stelle offen zu halten, um das Heerführerthum schmälert (S. 29 und 113—5), so sucht er demselben diesen Entgang doch dadurch mehr als zu ersetzen, daß er der Gemeinde die ihr sonst beigelegten ausgedehnten Befugnisse rundweg abspricht; das Richteramt (doch wohl in unserem Sinne, d. h. die Urtheilsfindung) wird den Königen und ihren Beamten zugewiesen, die Gemeinde überhaupt auf die bloße Beschlußfassung ohne vorgängige Berathung beschränkt, und geradezu ausgesprochen (S. 6): das Königthum „sey nicht durch Verträge und Gesetze gebunden" gewesen. Wie diese eigenthümlichen Behauptungen mit den bekannten Aussprüchen des Tacitus: nec regibus infinita aut libera potestas, rex vel princeps audiuntur, auctoritate suadendi magis quam jubendi potestate, u. dgl. zusammenzureimen seyen, bleibt dabei natürlich dem Scharfsinne des Lesers überlassen ausfindig zu machen; nur mit einer Stelle macht sich der Hr. Verf. etwas mehr zu thun, und zwar mit so merkwürdiger Auslegungskunst, daß derselben hier gedacht werden mag. Wenn man nämlich bei Tacitus liest: De minoribus rebus

principes consultant, de majoribus omnes, so belehrt uns Hr. W. (S. 5—6): daß consultare hier durch „Beschlußfassen", nicht Berathen zu übersetzen sey, und demnach aus der Stelle hervorgehe, daß nur die Beschlußfassung der Gemeinde, die Berathung dagegen ausschließlich den principes, d. h. den Königen zugestanden habe! Uebrigens versichert uns derselbe, daß wir trotz dieser Unbeschränktheit des Königthums „von schnödem Mißbrauch der Gewalt und dadurch veranlaßter Empörung" nirgends etwas erfahren; wir unsererseits möchten freilich die Beispiele von beidem im Vergleiche mit der sonstigen Dürftigkeit unserer Quellen sogar sehr häufig nennen. — Es versteht sich übrigens von selbst, daß Hr. W. diese ganze Machtfülle des Königthums auf dessen „göttlichen Ursprung" zurückführt (S. 6), und somit das Königthum „von Gottes Gnaden" bereits in den deutschen Urwäldern fix und fertig vorfindet (S. 4). Aller Adel beruht ihm auf der Abstammung von den Göttern, und nur die königlichen Geschlechter sind ihm darum edle. Das Vorkommen mehrerer adeliger Geschlechter bei einem und demselben Volke wäre mit dieser seiner Annahme natürlich unvereinbar; die deßfallsigen Angaben der Quellen, so weit er sie nicht etwa übersehen hat, werden darum durch kühne Interpretation und Conjectur beseitigt. So sollen die Amalen und Balten bei den Westgothen ein Geschlecht seyn (S. 121), und die gleiche Reduction müssen sich die bekannten bayerischen Geschlechter gefallen lassen. Wenn es nämlich (L. Bajuw. II. 20) von den Huosi, Throzza, Fagana, Habilingua, Aennion heißt: isti sunt quasi primi post Agilolfingos, qui sunt de genere ducati, so findet Hr. W. hierin ausgesprochen, daß jene ersteren fünf Häuser dem herzoglichen (agilolfingischen?!) Hause angehören; von einer weiteren Bevorzugung des agilolfingischen Geschlechtes weiß er nichts, und „nur die Eltern des Herzogs hatten ein höheres Wehrgeld als die Angehörigen jener fünf Edelgeschlechter." Derselbe scheint somit (auf S. 100) noch nicht gewußt zu haben, was er doch S. 104, not. 3 richtig beachtet, daß im Latein des Mittelalters der Ausdruck parentes auch wohl für die Verwandten überhaupt gilt?

Ebenso flüchtig wie der Abschnitt über den Adel ist auch der über die Gefolgschaft gearbeitet. Der Hr. Verf. will das Recht, eine solche zu halten, auf die königlichen Geschlechter beschränken,

findet sich aber dabei in der Lage, das Hauptargument für die ähnliche Ansicht von Waitz, Roth u. a., nämlich den Gebrauch des Ausdruckes princeps für die Gefolgsherren wie für die Bezirkshäuptlinge bei Tacitus, nicht für sich geltend machen zu können, weil ihm dieser Ausdruck neben den „Theilfürsten" auch die „Gaugrafen" bezeichnet, welchen er doch jenes Vorrecht nicht miteinräumen will. Seinen Beweis sucht er sofort dadurch zu führen, daß er anführt und belegt, wie Inguiomar und Segest, Marbod und Katwalda, Vannius und Chnodomar Gefolgsleute hatten; hieraus soll dann folgen, nicht etwa daß Könige Comitate halten konnten, sondern daß außer ihnen niemanden diese Befugniß zustand! Wenn ferner mit Bezugnahme auf Lappenberg behauptet wird, daß bei den Angelsachsen noch in späterer Zeit der Comitat ausschließlich Recht des Königs gewesen sey, so ist hiegegen zu bemerken, daß dieser hievon nicht das Mindeste sagt, und auch in der That nicht sagen kann, weil gerade in den angelsächsischen Quellen sehr häufig von thegnas nicht königlicher Personen die Rede ist. Noch eigenthümlicher nimmt sich aber der weitere Ausspruch aus (S. 91—2), daß das Recht eine Gefolgschaft zu halten, welches erwiesenermaßen den Königen zugestanden habe, schon darum den „Gaugrafen" gefehlt haben müsse, weil sonst im Widerspruche mit dem, ohne weitere Beweise sich aufdrängenden, Wesen des deutschen Königthums gleiche Befugnisse dieser und jener angenommen werden müßten. Als ob die Verschiedenheit zweier Institute die Möglichkeit ihrer Uebereinstimmung hinsichtlich irgendeiner einzelnen Eigenschaft ausschließen müßte!

So können wir demnach in der vorliegenden Schrift in keiner Weise eine Bereicherung unserer Litteratur erblicken. Verfehlt scheint uns bereits der Standpunkt, von welchem aus dieselbe gearbeitet ist; wer heutzutage ex professo über germanische Urzustände schreiben will, darf quellenmäßige Erforschung der außerdeutschen germanischen Zustände nicht mehr umgehen. Nicht minder verfehlt scheint aber auch die Art, wie der Verfasser die von ihm benützten Quellen interpretirt und handhabt; zu den oben gegebenen Beispielen seines Verfahrens in dieser Beziehung ließen sich leicht noch zahreiche nicht minder schlagende hinzufügen. Bedenken wir nun noch die auffallende Suffisance, mit der Hr. W. seine Behauptungen vorträgt, die rücksichtslose Schroffheit, mit

der er über abweichende Ansichten den Stab bricht, so sollte es uns nicht wundern wenn ein übel gelaunter Recensent Gleiches mit Gleichem vergelten, und auf seine Schrift die Worte anwenden wollte, welche Hr. W. (S. 137) in Bezug auf seine Vorgänger sich erlaubt:

„Solchen Unfug treibt man auf dem Gebiete des germanischen Alterthums!"

Mr.

16) Dr. Friedrich Noellner: Die deutschen Juristen und die deutsche volksthümliche Gesetzgebung seit 1848, zugleich als Prognose für nationale Rechtsform, viribus unitis. Kassel, 1854.

So leicht es ist, über allgemeine Rechtsgrundsätze und die verschiedenen politischen und rechtswissenschaftlichen Richtungen in salonmäßiger Conversation hin und her zu plaudern, so schwer ist es, die Rechtsideen, welche die Gegenwart ergreifen und bestimmen, scharf zu erkennen, die Gegensätze der neueren Schulen und Richtungen mit klarem Blick zu überschauen und die wissenschaftliche Gesammtthätigkeit in ihren Erfolgen und in ihren Mängeln mit Sicherheit zu beurtheilen. Jeder der einige philosophische oder historische Vorbildung und einige juristische Kenntnisse besitzt, wird sich bequem an einem Gespräche der Art um den Theetisch her betheiligen, und vielleicht bei solcher Gelegenheit den Ruf eines geistreichen Mannes erhaschen können; aber nur den ersten Meistern der Wissenschaft ist es beschieden, die schwierigere letztere Aufgabe zu erfüllen, wie nur die Feldherren, und nicht die gewöhnlichen Officiere mit großen Massen zu operiren verstehen. Das vorliegende Buch hat uns diesen Gegensatz recht veranschaulicht. Wir zweifeln nicht, der Verfasser desselben kann, wenn er den angesammelten Vorrath von Reminiscenzen aus der juristischen Litteratur und die Fülle von pikanten und schillernden Bemerkungen, über welche er verfügt, im günstigen Moment gesprächsweise zu benutzen die Gelegenheit hat, die Aufmerksamkeit auf sich ziehen; aber er hätte es nicht wagen sollen, über Dinge ein dickes Buch zu schreiben die er nicht beherrscht. Ein Kundiger wird sein Buch schwerlich bis zu Ende lesen können; Unkundige aber werden durch dasselbe eher verwirrt als aufgeklärt werden, denn die inneren Widersprüche der in dem Buche angehäuften mancherlei Sätze sind

unverdaulich genug. Ohne logische Scrupel verwechselt er z. B. die Idee der Nationalrepräsentation mit der Demokratie, und diese mit der Revolution; und ohne politische Bedenken muthet er den deutschen Völkern zu, daß sie in der deutschen Bundesversammlung eine vollständige Repräsention der deutschen Nation erkennen sollen. Er verlangt Einführung der Rechtseinheit für Deutschland, und Beibehaltung der nichts weniger als einheitlichen politischen Organisation. Er wünscht gemeinsame nationaldeutsche Gesetzbücher und meint, eine beliebige Bundescommission könne dafür sorgen, ohne mit den Gesetzgebungen der Einzelstaaten und mit dem bestehenden Staatsrechte in Conflict zu gerathen. Er ergeht sich in Declamationen über und gegen die neueren Juristen, und offenbart bei jedem Schritt, wie wenig er mit den Leistungen derselben vertraut sey. Er maßt sich an, eine volksthümliche Rechtsreform von Grund aus einzuleiten und vertritt im selben Momente, indem er die einfache Beseitigung der Schwurgerichte verlangt, die offenbare Reaction. Wie das kaiserliche Motto „viribus unitis" auf dieses Durcheinander von Zerfahrenheit passe, ist uns nicht klar geworden. Soll es in Deutschland gelingen, viribus unitis die allerdings nöthige Rechtsreform und eine wesentlich gemeinsame deutsche Gesetzgebung einzuführen, so ist voraus nöthig, daß nicht Unberufene das große Wort führen dürfen.

XIII.

Die neuesten Leistungen auf dem Gebiet der Geschichte des römischen Civilprocesses.

Durch die gründliche Beschäftigung mit der Geschichte der Römer und ihres Rechts seit dem Anfang dieses Jahrhunderts ist die Einsicht in die Bedeutung der römischen Jurisdictionsmagistrate und damit des römischen Processes für die Rechtsbildung eigentlich erst errungen worden. Diese Einsicht gehörig zu nützen hinderte aber vielfach der Mangel der Quellen. Da wurde Gajus gefunden, und nun wirklich alles gethan, das Versäumte nachzuholen; es genügt an der Nennung folgender Namen: Hugo, Savigny, Heffter, Zimmern, Rudorff, Puchta, Wächter und besonders Bethmann-Hollweg. Natürlich konnte aber nicht alles auf einmal geleistet werden, und die nächste Aufgabe war die Gewinnung des neuen Stoffs. Dessen eigentliche intensive Bearbeitung und tiefere Durchdringung bildet ein zweites Stadium, das erst in die neueste Zeit fällt. Mehrere der oben Genannten haben auch für diese Richtung Erhebliches geleistet, besonders gefördert hat sie Huschke, aber erst Keller hat in seiner Schrift: der römische Civilproceß und die Actionen in summarischer Darstellung, Leipzig 1852, von dem bezeichneten Standpunkte aus den gesammten römischen Civilproceß bearbeitet. Diese Arbeit ist epochemachend, es ist daher sicherlich kein verfehltes Unternehmen, an ihrer Hand, die neuesten Leistungen auf dem Gebiet der Geschichte des römischen Civilprocesses zu betrachten, wie dieß im Fol-

genden versucht werden soll. Da diese Uebersicht eine kritische ist, so schließt sie nothwendig selbständige Erörterungen ein; ohne Begründung gibt es keine wahre Kritik. Vielleicht gelingt es, in dieser Form zur Erledigung wichtiger Fragen beizutragen.

Keller stellt in dem ersten Capitel seines Buchs die Gerichtsverfassung dar, und beginnt mit der Entwickelung des Grundgedankens derselben (§. 1). Dieser Grundgedanke concentrirt sich in folgenden Sätzen:

1) Die Civilrechtspflege war ein einzelnes Attribut der höchsten Magistratsgewalt, unsere Trennung der vollziehenden und richterlichen Gewalt war dem römischen Staatsrecht unbekannt. Das ist unzweifelhaft richtig, aber nicht unerheblichen Zweifeln möchte die Bemerkung unterliegen, auch nach Creirung der Prätur sey das Recht der Jurisdiction den Consuln keineswegs abgesprochen worden, und es hänge mit der Jurisdictionsbefugniß der Consuln, sowie der übrigen Prätoren (d. h. außer dem urbanus und peregrinus) zusammen, daß der rechtsprechende Magistrat selbst innerhalb seiner ordentlichen Competenz gegen einen höheren und gleichen Magistrat kein Imperium ausüben könne.

Die Annahme eines fortdauernden Jurisdictionsrechts der Consuln ist nämlich nicht vereinbar mit den Gründen, die nach Niebuhrs überzeugender Ausführung gerade die Schaffung der Prätur herbeigeführt haben und darin bestanden, daß, als dem Andringen der Plebs um Zulassung zum Consulat nicht mehr widerstanden werden konnte, die Patricier doch die in dem Consulat bis dahin mitbegriffene Jurisdiction ausschließlich sich retten wollten, wie denn auch wirklich unter allen Magistraturen die Prätur am spätesten (417 Q. Publius Philo) den Plebejern zugänglich wurde. Dieses Argument wird auch nicht aufgewogen durch Cic. de leg. 3, 3 und Val. Max. 7. 7, 6, auf welche sich K. bezieht, denn die letztere Stelle (offenbar die wichtigere, auf die sich auch Niebuhr beruft für die Fortdauer einer gewissen höheren Jurisdiction der Consuln, röm. Geschich. III, 39) gibt lediglich einen Fall der Intercessio eines Consuls auf die an ihn ergangene Appellatio gegen die Ertheilung erst einer bonorum possessio, dann einer Erbschaftsklage durch einen Prätor (vgl. Savigny, System Bd. 6 S. 493); die erste Stelle gibt lediglich eine Erklärung des alten Namens: Judices für die Consuln.

Ist aber die Jurisdiction seither den Consuln entzogen, so kann die Unwirksamkeit des Imperium des Jurisdictionsmagistrats gegen einen höheren oder gleichen Magistrat auch nicht mit der Jurisdictionsbefugniß der letzteren zusammenhängen; zudem ist das Imperium ausgeschlossen gegenüber von allen Magistratus maiores und den Volkstribunen, während doch die letzteren und mehrere der ersteren keinerlei Jurisdictionsbefugniß haben (vgl. die von K. selbst, §. 46 Note 542 reichlich angeführten Stellen). Die Unwirksamkeit des Imperium jenen Personen gegenüber war wohl ein selbständiges Princip des römischen Staatsrechts.

2) Die Civilrechtspflege zerfiel seit uralter Zeit in zwei Stadien, die Verhandlung in iure und in iudicio. Es findet sich hier die treffende Bemerkung: daß dem iudicium nicht bloß die Thatsachen anheimgefallen seyen; darin sey bei der Vergleichung mit den heutigen Schwurgerichten (für Civilsachen, und, abgesehen von den Aftergebilden, auch für Strafsachen) eine Aehnlichkeit, nicht eine Verschiedenheit zu finden. Ebenso ist in der daran geknüpften Erörterung des Wesens der extraordinaria cognitio die weitere Bedeutung, an welcher von einem Verfahren extra ordinem gesprochen wird (vorbereitende Verfügungen und augenblickliche Schutz- oder Zwangsmaßregeln), in schlagender Weise charakterisirt.

Der §. 2 zählt die mit der Rechtspflege in Rom, Italien und den Provinzen betrauten Magistrate auf, und erörtert ihre dießfallsigen Befugnisse und hier namentlich den Unterschied zwischen iurisdictio und imperium mixtum. Diese Unterscheidung wird, was bemerkenswerth ist, zurückgeführt auf die am Ende der Republik beginnende Beschränkung der Competenz der italischen Magistrate.

Nach Betrachtung von Zeit, Ort und Gestalt der Jurisdiction (§. 3) wird in §. 4 ff. übergegangen zur Lehre vom iudicium.

An der Spitze eine Uebersicht, die interessant ist durch eine allgemeine Skizzirung des Verhältnisses der verschiedenen im römischen Proceß erscheinenden Richterarten zu einander.

Was sodann die Behörden, bei denen das iudicandi munus war, im Einzelnen betrifft, so schließt sich hinsichtlich der decemviri K. der Ansicht an, wornach dieselben identisch sind

mit den von Servius Tullius für Privatsachen eingesetzten und in der lex Horatia (305) erwähnten Richtern, weist ihnen ursprünglich das Richteramt in allen regulären Privatsachen, d. h. im Sacramentsproceß zu, und läßt ihre Competenz erst im Lauf der Zeit beschränkt werden auf Processe über Status.

Dieser Auffassung ist neuerlich Dernburg in seinen Bemerkungen über das Keller'sche Werk in der kritischen Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft, Bd. 1, Hft. 5, S. 460—463 entgegengetreten mit der Behauptung, die decemviri seyen magistratus mit einer gewissen Jurisdiction gewesen, und es sey daher nicht wahrscheinlich, daß sie über alle Ordinarsachen selbst geurtheilt hätten, vielmehr verdiene die Nachricht des Pomponius l. 2. §. 29 D. O. I., wornach sie zunächst nur zur Leitung des Centumviralgerichts berufen gewesen, allen Glauben.

Ich glaube jedoch, es ist kein genügender Grund vorhanden, von der gemeinen auch von Keller adoptirten und weiter ausgeführten Ansicht abzugehen; vielmehr spricht für dieselbe folgendes, was ich mir näher zu entwickeln erlaube, weil es sich hier um eine Frage handelt, deren Erörterung wichtig ist, vornehmlich für die Beantwortung hervorragender Controversen über einzelne Punkte des ältesten römischen Proceßverfahrens.

Die Hauptfrage bei der vorliegenden Differenz ist diese: bestand die wesentliche Aufgabe der decemviri in der Entscheidung von Civilprocessen, mit Einem Worte in dem iudicandi munus oder nicht? Ich nehme keinen Anstand, diese Frage zu bejahen und zwar aus folgenden Gründen.

Für die Bejahung spricht schon ihr Name: decemviri stilitibus *iudicandis*, sowie Cic. de leg. III, 3, der ihre Aufgabe so bezeichnet: lites contractas *iudicanto*, denn „iudicare" bedeutet bekanntlich eben die fragliche Function, das Entscheiden von Processen.

Ganz besonders ergibt sich aber die gemeine Meinung aus den zwei bekannten Stellen: Cic. pro Caecina c. 33. §. 97. und pro domo c. 29 §. 78.

Nach der ersten Stelle entscheiden die decemviri definitiv „de libertate" durch den Ausspruch: das sacramentum derjenigen Partie, welche die Freiheit geltend gemacht hatte, sey iustum. Freilich erklärt Dernburg diese Stelle dahin: Es habe sich hier

nur um die Vorfrage gehandelt, ob das sacramentum gültig, ob die römischen Gerichte zur Fällung der Sentenz competent seyen, nicht um die eigentliche Streitsache, die Freiheit; denn Cotta, der Gegenadvocat, habe eingewendet, das sacramentum des Gegners sey nicht als iustum zu betrachten, weil die Arretiner nicht Bürger seyen. Dieser Erklärungsversuch ist aber nicht gelungen.

Einmal nämlich war in dem concreten Fall offenbar die legis actio schon vollzogen, namentlich das sacramentum schon versprochen, die Frage aber, welche Dernburg als die zu entscheiden gewesene annimmt, die Frage: ob ein Arretiner überhaupt der legis actio fähig sey? hätte nothwendig schon vor der Vollziehung der legis actio zur Sprache und Entscheidung kommen müssen. Ferner ist in der fraglichen Stelle selbst die Entscheidung der decemviri stets bezeichnet durch: „iudicare: prima actione non iudicaverunt," „atque hoc . . . . . et Sulla vivente iudicatum est," während diese Entscheidung, hätte sie die von Dernburg angenommene Bedeutung, durch „decernere" bezeichnet seyn müßte. Das ist ja bekanntlich der technische Ausdruck für die Entscheidung des Jurisdictionsmagistrats. Endlich ergibt auch der ganze Zusammenhang der fraglichen Stelle Cicero's, daß in dem referirten Rechtsfall die decemviri wirklich über die Hauptsache entschieden. Man darf nämlich wohl annehmen, die Frau aus Arretium sey klagend aufgetreten, d. h. in libertatem vindicirt worden, eine Annahme, welcher insbesondere der von Cicero gebrauchte Ausdruck defendere libertatem nicht entgegensteht, weil «defendere» gleichbedeutend mit vindicare gebraucht wird und zwar speciell gerade in Beziehung auf die libertas. Nun hat die vindicatio in libertatem ohne Zweifel gelautet: Hunc hominem liberum esse aio ex jure Quiritium (vgl. Cic. l. c. §. 96. in fine, cf. L. 1. §. 2. D. de R. V. 6. 1.). Waren nun wirklich die Arretiner nicht cives Romani, so war die fragliche vindicatio überhaupt nicht begründet, und in diesem Sinne war auch die Einwendung Cotta's gemacht. Es ergibt sich das aus den Schlußworten von §. 96: «Qui enim potest iure Quiritium liber esse is, qui in numero Quiritium non est?» Worte, an welche unmittelbar der Fall der Arretina mulier angeknüpft wird. Für unsere Annahme spricht auch noch die Bedeutung, welche die Frage über die Civität des Caecina in dessen Proceß hatte; auch hier nämlich war sie

für die Hauptsache entscheidend, der Gegner des Caecina, Aebutius, bestritt ja damit die testamenti factio passiva desselben.

Könnte hiernach in Beziehung auf die Beweiskraft der Stelle pro Caecina noch ein Zweifel seyn, so müßte doch die Stelle pro domo §. 78. endgültig entscheiden, denn hier drückt das „si decemviri sacramentum in libertatem iniustum iudicassent“ unzweifelhaft die Hauptentscheidung aus. Dernburg bestreitet das auch nicht, sondern hält diesem Argument nur entgegen, wir haben in der Rede pro domo „gewiß nur eine ungeschickte Nachbildung der Rede pro Caecina vor uns, auf die eine eigene Theorie nicht zu bauen sey;“ allein dieses Auskunftsmittel hält nicht Stich; die Rede pro domo ist ächt, wie auch der neueste Herausgeber Cicero's, Klotz, in der Teubner'schen Ausgabe in dem argumentum zu der fraglichen Rede ausführt: Ciceronis scripta quae manserunt omnia. Recogn. R. Klotz. Partis II Vol. II. Lips. 1852. pag. 395. Vgl. Böcking, Instit. §. 25. Note 4.

Die Möglichkeit, welche Dernburg andeutet, auch diese Stelle nur von der Entscheidung über die Vorfrage der Gültigkeit, der Zulässigkeit des sacramentum zu verstehen, ist entschieden zu läugnen; dagegen entscheidet schon der Ausdruck „res iudicata,“ der von einem solchen Decret nicht gebraucht werden konnte. Vgl. Savigny, System Bd. 6, §. 284, Note c.

Daß die decemviri magistratus minores waren, geht aus den von Keller selbst in Note 65 angeführten Stellen hervor, und es ist das auch keine Instanz gegen die hier vertheidigte Function der decemviri; es waren eben diese Magistrate mit dem iudicandi munus betraut. Vgl. Huschke in Richter's Jahrb. Bd. 2. S. 885. Daß die Autorität des Pomponius

l. 2. §. 29. D. de O. I.

gegen all diese Gründe nicht in Betracht kommt, dafür bedarf es keines Wortes, Pomponius ist historisch gar keine Autorität.

Was sodann das andere ständige Richter-Collegium, das der decemviri betrifft, so spricht sich K.

1) über ihre Organisation entschieden dafür aus, daß eine Vereinigung mehrerer Senate dieses Gerichtshofs **nur** erfolgte behufs Anhörung der Parteivorträge bei zusammenhängenden Processen, nicht aber zum Zweck der Berathung und Entscheidung.

2) Hinsichtlich der Frage über die Competenz schließt sich K. im Wesentlichen Bethmann-Hollweg an.

3) Den Ursprung setzt er in die Zeit zwischen der erreichten Vollzahl der 35 Tribus (513) und die lex Aebutia.

Von diesen ständigen Richtercollegien wird sofort übergegangen zu den „eigentlichen iudices privati," den iudices, arbitri und recuperatores, und zwar zunächst in §. 7 zu dem Gegensatz von arbitri und iudices.

Diesen höchst wichtigen Gegensatz faßt K. mit genialer Tiefe so:

Das Richteramt läßt sich in zwiefacher Weise auffassen. Entweder dahin: das Recht des Klägers ist objectiv sicher und fest vorhanden oder nicht vorhanden, die eine Partei nur ist blind für die Wahrheit, der Richter soll sie suchen, finden, weisen und schirmen.

Oder so: das ökonomische Verhältniß zwischen beiden Theilen ist objectiv in Verwirrung gerathen, sie selbst vermögen nicht, es zu ordnen, sie bedürfen daher eines unparteiischen Schiedsmannes, der aus Kopf und Herz, nach rechtlicher Leute Art und Sitte, an ihrer Statt dasselbe gestaltet und, wie es nun gelten soll, festsetzt.

Diesem Gegensatz entsprechend existirt auch ein Unterschied unter den Geschäften und Verhältnissen des Verkehrs; ebendaher findet sich jener Gegensatz auch in jeder Rechtspflege, nur schroffer oder milder, bei den Römern ist er nur sehr frühe und genau aufgefaßt und in äußeren Formen ausgebildet worden.

Zum ersten Glied jenes Gegensatzes gehören die decemviri, centumviri und die iudices, zum zweiten die arbitri und danach werden die Processe selbst fest abgetheilt in iudicia und arbitria.

Den Ursprung der recuperatores setzt K. in die Peregrinenjurisdiction, und neigt sich hinsichtlich der Frage über die Zusammensetzung des recuperatorium iudicium zu der Ansicht, daß bei Besetzung des Gerichts eine Scheidung nach der Nationalität erfolgte. Aus der Peregrinenjurisdiction ging das Recuperatoreninstitut dann über auf die Provincialrechtspflege, sowie auf die ordentliche römische Justiz (inter cives). Jedenfalls hatten in dieser die Recuperatoren eine ausgebreitete Wirksamkeit, und das Verfahren vor ihnen war in manchen Punkten eigenthümlich gestaltet,

namentlich, wie es scheint, beschleunigt. Nicht mit Sicherheit bestimmen läßt sich aber das Princip, demzufolge einzelne Klagen oder Arten von Klagen gerade an Recuperatoren gewiesen waren.

Daß die recuperatorum datio ausschließlich zum imperium gehört, daher den Municipalmagistraten nicht zugestanden habe, bestreitet K. (gegen Huschke, Rudorff und Puchta) wohl mit Recht. Entscheidend für K.'s Ansicht scheint die lex Rubria cap. 21 a. E., wo dem Stadtmagistrat (denn dieser und nicht der Prätor in Rom ist gemeint, vgl. Puchta, Zeitsch. f. gesch. RW. X. S. 224.) das Recht eingeräumt ist, gegen den in Beziehung auf Leistung des vadimonium Ungehorsamen ein iudicium recuperatorium zu bestellen. Vgl. Walter, R. RG. §. 662. Note 49. Zu der Annahme, es sey eben diese Befugniß den Municipalmagistraten des cisalpinischen Galliens, weil nur im imperium begründet, gerade durch die lex Rubria speciell erst eingeräumt worden, liegt kein Grund vor. Unsere Ansicht wird auch nicht alterirt durch die lex Mamilia, auf die sich Huschke, Rudorff und Puchta vornehmlich berufen. Allerdings ist in c. 5. derselben gesagt: deque ea re (Gränzverrückung) curatoris, qui hac lege erit, iurisdictio *reciperatorum*que datio addictio esto. Cum curator hac lege non erit, tum quicumque magistratus in ea colonia, municipio, praefectura, foro conciliabulo iuri dicundo praeerit, eius magistratus de ea re iurisdictio *iudicis*que datio addictio esto etc. Die reciperatores und iudices bilden nämlich hier nicht nothwendig einen Gegensatz, vielmehr läßt sich die Stelle recht wohl auch so erklären: der curator kann aus den von Rudorff, Zeitschr. f. gesch. RW. IX S. 494, sehr gut entwickelten Gründen nur recuperatores bestellen, nicht auch iudices, daher bei ihm ausdrücklich nur erstere genannt sind; ganz anders nach der Gründung der Colonie, da können Richter aller Art ernannt werden, daher hier der Ausdruck iudex, der ein genereller ist und ebensowohl die recuperatores als den unus iudex begreift. Diese Erklärung ist schon darum nothwendig, weil jeder Multproceß, soweit er überhaupt iudicium privatum ist, von Recuperatoren entschieden wird, jener Proceß wegen Gränzverrückung aber eben ein Multproceß ist; vgl. Mommsen, Zeitschr. f. gesch. RW. XV. S. 322. und 323. Von diesem Gesichtspunkte aus beweist daher umgekehrt die fragliche Stelle der lex Mamilia gerade

positiv für die Zuständigkeit der Municipalmagistrate zu Bestellung von Recuperatoren.

Freilich ist in dem Edict August's über die Wasserleitung von Venafro die Jurisdiction und namentlich die Anordnung des iudicium recuperatorium dem Prätor (qui inter cives et peregrinos ius dicit) in Rom übertragen, Zeile 62—64 (Mommsen a. a. O. S. 320 ffg.); es folgt daraus aber keineswegs, daß überhaupt die Bestellung von Recuperatoren Sache des imperium, nicht der iurisdictio gewesen sey: denn einmal ist durchaus nicht ausgemacht, daß der Prätor für jede Entgegenhandlung gegen das Edict zuständig war oder nur für besonders ausgezeichnete Fälle; dann läßt sich selbst das Erstere recht gut vereinigen mit unserer Ansicht über die Competenz zur Recuperatorenbestellung; denn den Municipalmagistraten gerade hier die Jurisdiction zu entziehen, dafür lag der specielle Grund vor, daß sie hier stets gewissermaßen in eigner Sache gerichtet hätten (Mommsen, S. 321.). — Durch das Vorstehende möchte sich übrigens die Bemerkung Mommsen's, daß die Competenz der Municipalmagistrate und der römischen Gerichtsvorsteher mehr durch eine Reihe singulärer Gesetze als nach allgemeinen Principien festgestellt zu seyn scheine, bewahrheiten; nur das muß festgehalten werden, daß die recuperatorum datio nicht außerhalb des Begriffs der iurisdictio lag.

Die Recuperatoren wurden wenigstens für den gemeinen Civilproceß stets in der Mehrzahl gegeben.

In §. 9—11 handelt K. in höchst ansprechender und anschaulicher Weise von der Bestellung, dem Album und der Unfähigkeit und Excusation der Richter, und ich versage mir ein näheres Eingehen auch darauf ungern, muß aber schon des zu beanspruchenden Raumes wegen darauf verzichten, um so eher als man in allem hierüber Bemerkten dem Verfasser nur beistimmen kann.

So gelangen wir denn sofort zu dem zweiten Capitel, welches „die Form des Verfahrens" behandelt.

Wir finden uns hier im Centrum der Entwickelung des römischen Rechts und der Mittel zu dem Verständniß dieser Entwicklung. Was uns so unwiderstehlich hinzieht zu der antiken Welt, jener wahrhaft künstlerische Ausdruck einer jeden geistigen Potenz jener Welt, das finden wir auch in eminenter Weise wieder in dem Rechtsleben des Volks, dessen weltgeschichtliche Hauptaufgabe

die Cultur des Rechts war. Die Rechtsbegriffe treten uns hier als plastische Gestalten entgegen, und das Medium dieser herrlichen Erscheinung ist eben das römische Proceßverfahren, welches daher auch gar nicht als bloße Form, als bloßes Gefäß erscheint, sondern selbst wiederum auf den Stoff einwirkend. Wir sind hier recht eigentlich in der Werkstätte des Geistes der Weltgeschichte und können sein Wirken beinahe sinnlich wahrnehmen. Das verleiht denn dem Studium des römischen Processes einen ganz unvergleichlichen Reiz, einen Reiz, der sich natürlich steigert, wenn uns ein Meister, wie Keller, der eben jenes antike Formtalent sich selbst zu eigen gemacht, bei der Betrachtung dieser unverwüstlichen Gebilde als Führer dient. In der That sind hier alle bisherigen Versuche der Darstellung des römischen Proceßverfahrens weit übertroffen; wir bekommen zum erstenmale ein recht anschauliches, zusammenhängendes und lebensvolles Bild dieses Verfahrens, und zwar gilt dieß ganz besonders von der Darstellung der legis actio, mit welcher unser Capitel beginnt, während die bisherigen Darstellungen gerade dieser Partie sämmtlich einen fragmentarischen Charakter und das Aussehen einer todten Masse hatten.

Da nun eine richtige Einsicht in den Legisactionenproceß die Grundbedingung ist für ein richtiges Verständniß sowohl des gesammten römischen Processes als für die Rechtsbildung gerade der betreffenden Periode, so bedarf es keiner Rechtfertigung, wenn wir die principiell wichtigen Punkte des Legisactionenprocesses näher betrachten; eine Betrachtung, die um so nothwendiger ist als gerade in den wichtigsten Punkten die Keller'sche Lehre neuestens lebhaft angegriffen worden ist.

Der §. 12. handelt von der legis actio im Ganzen, deren Wesen sehr gut auseinandergesetzt wird. Der Name wird mit Recht daraus erklärt, „weil jene Formulare den Gesetzen, wie solche die Rechte nach Umfang, Grund und Folge ordneten, so genau als möglich nachgebildet waren, nicht aber deßwegen, weil sie selbst durch Gesetze wörtlich vorgeschrieben gewesen wären, wie durch das Edict die späteren formulae, obwohl Gajus diese beiden Erklärungen zur Auswahl nebeneinander stellt. Dieses zuletzt über Gaius Gesagte scheint nun nicht ganz richtig zu seyn. Es sind nämlich die Worte des Gajus (IV. 11.): „Actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur, vel ideo quod

legibus proditae erant, quippe tunc edicta praetoris, quibus complures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur." nicht nothwendig so zu verstehen: „weil die legis actiones selbst durch Gesetze wörtlich vorgeschrieben gewesen seyen," vielmehr läßt sich dieser Theil der Stelle auch recht wohl von dem materiellen Klagrecht verstehen, so daß dann Gajus sagt: der Name komme daher, weil die materiellen Klagrechte durch die Gesetze geschaffen gewesen seyen, ja es ist diese Auslegung nicht nur möglich, sondern sie empfiehlt sich noch besonders durch das über das prätorische Edict Bemerkte. Denn wenn es hier heißt, es seyen durch die edicta praetoris „complures actiones" eingeführt worden, so kann sich das nicht auf die Klagformulare beziehen, denn von ihnen sind nicht bloß mehrere oder viele, sondern alle durch das prätorische Edict oder doch durch den Prätor im einzelnen Fall gegeben, während, wenn man die fraglichen Worte von den materiellen Klagrechten nimmt, Gajus etwas ganz richtiges sagt. Ich premire diese ganze Frage übrigens nur darum, weil bei meiner Auslegung auch äußerlich jeder Anhaltspunkt für jene irrige Herleitung des Namens „legis actio" wegfällt.

In den folgenden Paragraphen werden die 5 legis actiones einzeln dargestellt und zwar die legis actio *sacramento* in §. 13. bis 16. Der Verfasser erörtert vorerst (§. 13.) die legis actio sacramento im Allgemeinen, und zwar zunächst die Verhandlung in iure in einer gedrängten sehr anschaulichen Uebersicht, dann das Verfahren in iudicio. Bezüglich des letzteren bemerkt Keller, es habe, soweit wir wissen, in seinem äußeren Gang nichts besonderes, namentlich keine solennia verba gehabt, auf die summarische Auseinandersetzung der Sache in iudicio, die causae coniectio oder collectio seyen die eigentlichen Parteivorträge, Beweisverhandlungen u. dgl. gefolgt. Diese haben sich natürlich auf das streitige Recht des Klägers bezogen — denn über dieses sey ja gewettet worden und von dem Befinden des Richters über dasselbe der Entscheid abhängig gewesen, der allein seine eigentliche und förmliche Aufgabe ausgemacht habe, nämlich: wessen Wette gut und wessen dagegen verloren und verfallen sey, mit dem technischen Ausdruck: utrius sacramentum iustum, utrius iniustum sit.

So sey aber auch mit diesem Entscheid zugleich über das streitige Recht selbst, zwar implicite und indirect, aber in noth-

wendigem und untrüglichem Zusammenhang mit entschieden gewesen.

Diese Anschauung von dem Charakter des Sacramentsprocesses theilen alle namhaften Rechtshistoriker; in neuester Zeit ist sie aber lebhaft angegriffen worden in einer eigenen Schrift von Stintzing: über das Verhältniß der Legis actio sacramento zu dem Verfahren durch sponsio praejudicialis, Heidelb. 1853, und von *Mayer:* Ad Caji Inst. commentarii IVi. §um. 48. commentatio, Tubingae 1853. Cap. III. Diese Angriffe haben bereits mehrfache Beistimmung gefunden und drehen sich um Cardinalfragen der Geschichte des römischen Rechts; wir sind daher nicht bloß befugt, sondern gerade durch die Aufgabe, die wir uns gestellt, verpflichtet, sie genau ins Auge zu fassen, um so mehr als sie zum Theil wirklich mit großer Gewandtheit ausgeführt sind.

Ich gestehe zuerst selbst in meiner Ueberzeugung von der Richtigkeit der Keller'schen, d. h. der herrschenden Ansicht durch jene Angriffe wankend geworden zu seyn, allein nach reiflichster ins Einzelnste gehender Erwägung des Für und Wider bin ich zu dem festen Resultat gelangt, daß die herrschende Ansicht in der Hauptsache doch die richtige sey. Sie ist, eben weil sie bis in die neueste Zeit nicht angegriffen worden ist, auch nie ausführlicher begründet worden; jene Angriffe geben nun die dringende und willkommene Veranlassung dieses nachzuholen.

Stintzings Schrift, mit der wir beginnen, zerfällt in zwei Theile: der erste enthält eine Vergleichung des juristischen Wesens der legis actio sacramento und des Verfahrens per sponsionem praeiudicialem; der zweite erörtert den historischen Zusammenhang beider.

Wir haben es hier zunächst nur mit dem ersten Theil zu thun, den zweiten werden wir unten bei Betrachtung des processualischen Organs der sponsio gleichfalls einer genauen Betrachtung unterziehen.

Die Charakterisirung des Sacramentsprocesses, wie sie sich in Keller's R. Civ. Proceß findet und oben kurz wiedergegeben ist, hat Keller schon in seiner Schrift: über Litiscontestation und Urtheil niedergelegt, und sich in diesem Werke dafür berufen, namentlich auf die Analogie der sponsio praeiudicialis, auf die

große formelle Bedeutung des sacramentum und auf Cicero pro Caecina 33.

An diese Argumente knüpft Stintzing seine Erörterung an, die vorwiegend den Zweck verfolgt, zu zeigen daß das juristische Wesen der legis actio sacramento von dem des Verfahrens per sponsionem praejudicialem durchaus verschieden gewesen sey, also vornehmlich gerichtet ist gegen die Analogie der sponsio praeiudicialis, und die beiden anderen Argumente, nämlich die formelle Bedeutung des sacramentum und die Quellenbelege dafür, daß das sacramentum eine Wettsumme gewesen und die förmliche Aufgabe des Richters nur in der Entscheidung über diese Wettsumme bestanden habe, nur beiläufig bekämpft.

Was Stintzing geltend macht, ist nun im Einzelnen folgendes.

In §. 2 wird ausgeführt:

1) Die sponsio ist ein Vertrag, der Act der Sacramentsbestellung dagegen eine rein einseitige Handlung jeder Partei für sich, bestehend ursprünglich in der baaren Hinterlegung der summa sacramenti, später, als die Versicherung durch praedes an die Stelle der Hinterlegung getreten war, in dem Gebrauch der Provocationsformel, also in dem: sacramento te provoco. Diese Aufforderung an die Gegenpartei hatte keineswegs die Bestellung des Sacraments von deren Seite zum Zweck, heißt nicht: „Ich rufe dich auf zum sacramentum," sondern ist das Mittel durch welches man den Gegner wirksam zum Streit aufruft; heißt also: „Ich rufe dich auf durch sacramentum," nämlich dadurch, daß ich das sacramentum meinerseits bestelle. Diese Bestellung ist in der späteren Zeit gelegen eben in dem Gebrauch der Provocationsformel selbst, indem dadurch gerade jede Partei dem Aerar unmittelbar zur Zahlung der Sacramentssumme für den Fall ihres Unterliegens verhaftet wurde.

Nur diese Ansicht macht es begreiflich, daß in den Beschreibungen des Rituals der legis a. s. nirgends ein besonderer Act der Bestellung des Sacraments durch besondere Uebernahme der Zahlungspflicht dem Aerar gegenüber erwähnt wird.

Außerdem müßte, wenn die provocatio eine provocatio zum sacramentum gewesen wäre, eine Erklärung des Aufgeforderten über seine Geneigtheit dazu erfolgt seyn, wovon wir nichts wissen.

Ich muß sogleich dieser Ausführung nach allen ihren Richtungen widersprechen.

Die provocatio sacramento ist allerdings eine provocatio zur, nicht durch Sacramentsbestellung. Freilich erklärt St. das mit Berufung auf Forcellini sprachlich für unmöglich, indem in der ganzen Latinität höchstens ein einziges Beispiel vorkomme, worin provocare aliqua re allenfalls durch „zu etwas auffordern," übersetzt werden könne, nämlich bei Macrob. Sat. 1, 10; allein ich kann ihm ein Beispiel classischer Latinität entgegenhalten, wo das provocare mit dem Ablativ gar nichts anderes heißen kann als: Zu etwas auffordern, nämlich Horat. Satir. I, 4: v. 14: „Crispinus minimo me provocat," Crispinus fordert mich zum Einsatz eines Minimum auf.

Hauptsächlich aber wird St. widerlegt durch den gangbaren Ausdruck gerade bei der sponsio praeiudicialis: sponsione provocare adversarium, denn das bedeutet: zur sponsio provociren. Diesem Argument sucht freilich St. selber vorzubeugen, indem er behauptet das heiße gerade: durch sponsio provociren; es ergebe sich das deutlich aus Gajus 4. §. 93.; allein mit dieser Behauptung hat St. eben entschieden Unrecht. Er ist genöthigt, in obiger Formel, soll sie den von ihm behaupteten Sinn haben, den Ausdruck sponsio von der Frage zu verstehen, die der Provocant an den Provocaten richtet, und wirklich sagt St. auch geradezu: „die sponsio, qua adversarium provocamus" ist die Anfrage, durch welche, nicht das Versprechen, zu welchem der Gegner provocirt wird. Diese Bedeutung hat jedoch „sponsio" durchaus nicht, sondern bedeutet nur entweder die Antwort auf die Frage des Stipulator durch welche die Verbalobligation erzeugt wird, also das Versprechen, oder das Resultat der Frage und Antwort, die daraus hervorgegangene Verbalobligation — nie aber, wie St. annimmt, soviel als stipulatio im engeren Sinn. Wenn er sich dafür auf Gaj. 4. §. 93. beruft: provocamus adversarium tali sponsione: „si homo q. d. a. ex iure Q. meus est, sestertiorum XXV nummos dare spondes?" so erwähnt hier Gajus wirklich nur die Frage, nicht auch die Antwort, aber offenbar nur der Kürze halber; die Antwort subintelligirt er, und meint also unter sponsio in dem für St. günstigsten Falle das ganze durch Frage und Antwort geschlossene Geschäft. Diese Annahme ist eine absolut

nothwendige, denn Gajus fährt unmittelbar fort: „deinde formulam edimus, qua intendimus, sponsionis summam nobis dare oportere"; diese editio formulae und intentio wäre aber gar nicht möglich, wenn nicht die Antwort auf die Frage als erfolgt hinzugedacht ist. Ganz verfehlt ist die Berufung auf l. 7. D. de V. S. Hier ist nämlich die sponsio definirt als: „omnis stipulatio promissioque" im Gegensatz zu der Verbalobligation, die speciell durch die Worte: „spondesne, spondeo" contrahirt wird, ist also (stipulatio promissioque) in der zweiten der oben zugegebenen Bedeutungen gebraucht. Mag man nun in der Formel: „sponsione provocare" sponsio nehmen = Antwort des Gefragten auf die stipulatio (im engeren Sinn) oder = stipulatio promissioque, immer kann jene Formel nur gleich seyn dem „adsponsionem provocare."

Daß kein besonderer Act der Sacramentsbestellung erwähnt wird, gibt der Erklärung des sacramento provocare in St.'s Sinn nicht den geringsten Halt, denn für die ältere Zeit wird ja ein Act der Sacramentsbestellung erwähnt: die baare Hinterlegung der summa sacramenti, und daß wir von dessen Surrogat in der späteren Zeit keine Kunde haben, beweist entfernt nicht, daß es in dieser Zeit einen solchen Act nicht gegeben, um so weniger als sich dieser Mangel unserer Kunde vollständig befriedigend erklären läßt. Der einzige Schriftsteller, von welchem eine ausführlichere Darlegung der legis actio sacramento auf uns gekommen, ist Gajus; von ihm aber haben wir nur das Ritual der legis a. s. in rem und zwar auch dieses nur bis zum Act der provocatio sacramento einschließlich; für das Weitere verweist Gajus auf seine Darstellung der legis a. s. in personam: „deinde eadem sequebantur quae cum in personam ageretur," also vor der prov. sacramento (ausschließlich) waren beide gleich, namentlich der Act der Sacramentsbestellung muß bei beiden gleich gewesen seyn, wie niemand bestreiten wird, Gajus ihn also dort dargelegt haben; gerade die Darstellung der legis a. in personam nun ist uns bekanntlich nicht erhalten.

Uebrigens kann es nicht nur trotz unserer Unkenntniß auch in der Zeit, da die summa sacr. nicht mehr baar hinterlegt wurde, einen besonderen Act der Sacramentsbestellung gegeben haben, sondern es muß sogar ein solcher angenommen werden. Sonst

müßte man, wie St. thut, annehmen, die Verpflichtung dem Aerar gegenüber zur Zahlung des sacramentum sey herbeigeführt worden durch den Act der provocatio sacramento; das ist aber geradezu unmöglich. Der Provocirende wäre hier nämlich dem Aerar gegenüber verpflichtet worden durch verba die er an einen Dritten, seinen Gegner, richtet; das ist im römischen Recht unerhört. Das römische Recht kennt eine Obligirung durch einseitige verba, das votum, was eine nahe Analogie hier wäre, allein sie setzt gerade ein Versprechen voraus, dem selbst gegenüber, der Gläubiger werden soll. Zudem ist in allen uns näher bekannten Fällen, wo für eine Verpflichtung dem Staat gegenüber praedes gegeben werden, diese Verpflichtung selber durch ein mit dem Staat geschlossenes Rechtsgeschäft begründet. [1])

Nicht minder befriedigend löst sich das Desiderium St.'s nach einer entsprechenden Antwort auf die provocatio ad sacramentum; diese ist vorhanden, sie liegt schon in der Gegenprovocation, die deutlich den Willen ausdrückt zum sacramento contendere, und damit zur Sacramentsbestellung, und durchaus nicht, wie St. meint, eine Frage ist, so wenig als die Provocation des Klägers. Dann liegt die Antwort weiter in der Sacramentsbestellung selbst, mag diese bestanden haben in welchem Act sie will. St. hätte am allerwenigsten dieses Desiderium erheben sollen, denn, wenn seine Ansicht richtig ist, daß in dem Act der provocatio zugleich der Act der Sacramentsbestellung liegt, dann ist ja ein thatsächliches Eintreten auf die Provocation des Klägers ganz gewiß vorhanden eben in dem Act der Sacramentsbestellung, d. h. der Gegenprovocation.

So wenig als durch die bisher betrachteten Gründe St.'s scheint mir die Behauptung, das sacramento provocare sey ein rein einseitiger Act einer jeden Partei für sich, und bedeute daher nur: „durch sacramentum provociren" an Wahrscheinlichkeit zu gewinnen durch das, was St. an Huschke anschließend über die dem Institut der legis a. sacramento zu Grunde liegende Idee sagt:

Es entspreche dem Charakter der ältesten Zeit, in der das

---

[1]) Bachofen, das röm. Pfandr. S. 217 ffg.

Privatrecht von einer Masse religiöser Elemente durchdrungen gewesen, daß man von demjenigen, der einen Ausspruch über sein Recht und Schutz desselben begehrte, verlangt habe, er solle vor allem einen Theil des Seinigen den Göttern weihen, unter deren Schutz das Recht gestanden, von deren Dienern es bewahrt worden sey. Demnach sey der Act der Weihe, die Deposition der summa sacramenti, für jede Partei das Mittel, um sich den Rechtsweg zu eröffnen und zugleich den Gegner auf denselben zu rufen, und der praktische Zweck des sacramentum für die Parteien kein anderer als der, sich die Befugniß zur Verfolgung und Vertretung ihres Rechts zu verschaffen.

Sieht man genau zu, so führt diese Ansicht über die der legis a. s. zu Grunde liegende Idee für die vorliegende Frage gerade zum entgegengesetzten Resultat.

Nehmen wir mit St. an, das Weihen eines Theils des Vermögens von Seite beider Parteien sey die nothwendige Bedingung der Einleitung eines Rechtsstreits gewesen, so ist vor allem zu bedenken, daß lediglich einer Partei, dem Kläger, an der Einleitung des Rechtsstreits, also an der Vornahme jenes Acts der Weihe, gelegen ist, nicht aber der anderen Partei, dem Beklagten — dieser bedarf im concreten Falle gar keines Rechtsschutzes, im Gegentheil, er will ja die Fortdauer des gegenwärtigen Zustandes, er hat also in sich selber gar keine Aufforderung, sich den Rechtsweg zu eröffnen, d. h. die summa sacramenti zu deponiren, diese muß ihm von außen zukommen, mit andern Worten durch den Kläger; daher liegt nichts näher, als das provocare sacramento so zu verstehen: den Gegner aufrufen zum sacramentum, zur Vornahme des Weiheacts, damit der Rechtsweg eröffnet werde.

Dasselbe ergibt eine genaue Betrachtung der uns von Gajus überlieferten Formel der vom Kläger ausgehenden provocatio sacramento bei der vindicatio. Sie lautet: Quando tu iniuria vindicavisti, D. aeris sacramento te provoco (Gai. IV, 16), und ist so zu übersetzen: Weil du mit Unrecht vindicirt hast, provocire ich dich u. s. w. Dieser Ausdruck eines Causalzusammenhanges zwischen der vom Beklagten vorgenommenen vindicatio (d. h. contravindicatio) und der vom Kläger erfolgenden provocatio sacramento führt mit Nothwendigkeit dahin, daß unter dem sacra-

mentum das sacramentum des Beklagten zu verstehen sey, nicht das des Klägers; damit aber ist die Bedeutung von provocatio *ad* sacramentum unmittelbar gegeben.

Nach all dem besteht zwischen dem sacramentum und der sponsio die Aehnlichkeit, daß der Rechtsstreit eingeleitet wird durch Aufforderung des Klägers an den Beklagten zur Einsetzung eines Vermögensobjects für den Fall seines Unterliegens, mit einem Wort, zu einer Wette. Daß dieser Einsatz im Sacramentsproceß nicht, wie bei der sponsio, dem Kläger versprochen wird, sondern dem Aerar, das begründet allerdings einen Unterschied, deßhalb wird ja aber das Verfahren auch nur als ein ähnliches bezeichnet; wäre jener Unterschied nicht, so wäre es ein im Wesentlichen gleiches. Ebensowenig wird jene Aehnlichkeit dadurch alterirt, daß auch der Beklagte seinerseits den Kläger sacramento provocirt, während bei der sponsio praeiudicialis nur der Beklagte einen Einsatz macht; denn im letzteren Fall ist ja überhaupt der Einsatz gar nicht ernstlich gemeint, indem der Beklagte auch im Fall des Unterliegens die summa sponsionis nicht zu zahlen hat; wo dagegen letzteres beabsichtigt ist, bei der sponsio poenalis, da fordert der Beklagte auch seinerseits den Kläger zum Versprechen derselben summa auf (restipulatio), gerade wie er ihn bei der legis actio s. zum sacramentum provocirt. Von dieser Seite aus betrachtet hat daher allerdings die sponsio poenalis mehr Aehnlichkeit mit dem sacramentum als die sponsio praeiudicialis; dadurch wird aber doch wieder die Aehnlichkeit der legis a. s. mit dem Institut der sponsio als einem Organ des Civilprocesses verstärkt, und das um so entschiedener als ja ursprünglich die sponsio poenalis stets zugleich praeiudicialis war. [1])

2) Ganz besonderes Gewicht legt St. auf die „innere Seite der Sache", d. h. auf die innere juristische Verschiedenheit zwischen Sponsions- und Sacramentsproceß, die er dahin feststellt:

Die Sponsion, als ein zwischen den Parteien geschlossener Contract, schafft unter ihnen ein neues Rechtsverhältniß, die Verpflichtung zu Zahlung der summa sponsionis, und zwar

---

[1]) Keller, Civ. Proc. S. 107 und 121.

gerade zu dem Zweck, damit die darauf beruhende juristische Frage der formelle Gegenstand des Processes werde, denn die intentio lautete: adversarium nobis dare oportere sponsionis summam, und auf diesem durch die intentio vorgeschriebenen Weg schritt die weitere Verhandlung fort.

Ganz anders bei der legis actio sacramento, denn — bei ihr entstand eben durch die provocatio sacramento kein neues Rechtsverhältniß zwischen den Parteien; wie kann man also behaupten, daß in der l. a. sacramento nicht um das eigentlich verfolgte Recht, sondern gleichfalls um eine neue, andere Rechtsfrage gestritten werde? Daher ist es unmöglich, daß in der l. a. s. eine andere Rechtsfrage als die eigentliche den formellen Gegenstand des Processes gebildet habe.

Davon lassen sich denn auch die Consequenzen in folgenden Einzelheiten erkennen (§. 3). Die intentio der actio aus der sponsio praeiudicialis lautet auf dare oportere; es wird also ausschließlich eine persönliche Klage in diesem Proceß verhandelt. Die legis a. sacramento dagegen hat eine ganz verschiedene intentio, je nachdem ein dingliches Recht oder eine persönliche Klage geltend gemacht wird; wie ist aber das vereinbar mit der gewöhnlichen Ansicht, daß bei der l. a. sacramento gar nicht das eigentlich verfolgte Recht, sondern eben, wie bei der sponsio praeiudicialis, eine andere Frage, und nur darin eingewickelt jenes zum Entscheid gebracht wurde? Wie soll die Rechtsfrage, welche die intentio angibt, nicht den formellen Gegenstand des Processes bilden, sondern eine andere, welche unerwähnt bleibt? Durch die sponsio praeiudicialis selbst wird das widerlegt, denn da gibt gerade die intentio die Rechtsfrage an, um die sich der Proceß auch formell dreht, und die materielle Frage bleibt ganz unerwähnt.

Allein nicht bloß die Worte der intentio beweisen, daß im (dinglichen) Sacramentsproceß recht eigentlich das dingliche Recht selbst formell und materiell der Gegenstand des Streits war, sondern es wird das auch bestätigt durch die ganze Formalität der vindicatio. Wozu sonst die Anwesenheit der Sache und das manus conserere, wenn sich hinterher der Proceß gar nicht um das Eigenthum, sondern um eine persönliche Pflicht drehte? Was

sollte ferner das vindicias dicere nach der provocatio sacramento, wenn in Folge dieser die Klage mit einemmale persönlich wurde?

So weit Stintzing. Diese Ausführung ist der Mittelpunkt seiner Arbeit und — seines Irrthums.

Die legis actio sacramento beginnt mit der feierlichen Behauptung des angesprochenen Rechts in gesetzten Worten und Bestreitung desselben in gleicher Weise, und diese Rechtsbehauptung und Rechtsbestreitung drückt in adäquater Weise die juristische Natur des geltend gemachten Rechts aus, lautet in rem oder in personam. Durch diese intentio (wie man sich wohl ausdrücken kann) wird der eigentliche Gegenstand des Streits juristisch festgestellt.

Nun kommt aber ein zweiter Act, die provocatio sacramento und der daraus hervorgehende Einsatz des sacramentum von beiden Theilen (durch Deposition, beziehungsweise Versprechen). Dadurch entsteht eine zweite Frage, die entschieden werden muß, nämlich über das Schicksal des sacramentum, wessen sacramentum dem Aerar verfallen sey, wessen sacramentum zurückgenommen werden dürfe?

Das ist unbestreitbar eine neue Rechtsfrage, nur muß man sich hüten, wie St. thut, für die Verhandlung darüber nur eine doppelte Form als möglich anzunehmen und zu sagen: Entweder muß, wenn diese Frage formell den Gegenstand der Verhandlung und Entscheidung bilden soll, der Kläger behaupten, der Beklagte sey verpflichtet, *ihm* die summa sacramenti zu bezahlen, oder er muß als procurator des Aerars auftreten und behaupten, der Beklagte sey schuldig, dem Aerar jene Summe zu entrichten, — *das* wäre allerdings juristisch unmöglich; allein es ist gar keine Nothwendigkeit vorhanden, sich die Rechtsfrage über das Schicksal des sacramentum lediglich als Frage über eine Obligatio zur Zahlung des sacramentum vorzustellen, im Gegentheil wir wissen ja, daß sie in einer ganz anderen Form verhandelt wurde, nämlich in der Form: wessen sacramentum iustum und wessen iniustum sey; jede Partei behauptete, ihr sacramentum sey iustum und das des Gegners iniustum. *Diese* Form hatte der Streit über das Schicksal des sacramentum. Zu läugnen, daß das eine *Rechts*frage sey, ist ganz willkürlich; es war das eben einmal die *Form*, in der die Rechtsfrage nach dem Schicksal des

sacramentum zur Verhandlung und Entscheidung gelangte, und jener Form wegen ist diese Frage nicht minder eine juristische.

So haben wir denn auch im Sacramentsproceß ein neues Rechtsverhältniß und eine neue Rechtsfrage, wie bei der sponsio praeiudicialis, und der Unterschied dieser besteht lediglich darin, daß es kein zwischen den Parteien bestehendes Rechtsverhältniß ist. Nunmehr ist die Frage lediglich die: Ist formell für die Verhandlung und Entscheidung des Processes überhaupt der Streit über das Schicksal des sacramentum maßgebend, oder der Streit über das in der intentio ausgedrückte Recht?

Letzteres, glaubt St., folge mit Nothwendigkeit eben daraus, daß in der intentio das fragliche Recht selbst ausgedrückt sey, sowie aus den auf dasselbe sich beziehenden Handlungen: sicherlich ohne Grund. Diese Erscheinungen erklären sich ganz genügend auf andere Weise.

Sie waren absolut nothwendig, auch wenn in iudicio formell die Frage die war: utrius sacramentum iustum? denn jene Behauptungen und Handlungen drücken ja die materiellen Voraussetzungen für die Entscheidung über das Schicksal des sacramentum aus; sie sind ja Klage und Einlassung, auf welche dann die provocatio sacramento folgt, und ohne welche ein Proceß überhaupt nicht denkbar ist. Wie daraus für die Form des Processes irgend etwas folgen soll, das vermag ich nicht einzusehen. Die Gliederung des Processes per sponsionem ist eine ganz ähnliche. Der s. g. intentio des Legisactionenprocesses entspricht die Behauptung des dinglichen Rechts von Seite des Klägers und die Bestreitung desselben von Seiten des Beklagten, mit denen doch nothwendig die Verhandlung in iure begonnen haben muß; der provocatio sacramento correspondirt der Abschluß der sponsio praeiudicialis, in welcher überdieß jene Rechtsbehauptung des Klägers gleichfalls ihren formellen Ausdruck fand:

Si homo quo de agitur ex iure Quiritium *meus est*, sestertios XXV nummos dare spondes?

Daß dann die weitere Verhandlung lediglich gerichtet war auf das dare oportere der 25 Sesterze, das beweist gerade dafür, daß der entsprechende Act des Legisactionenprocesses, die provocatio sacramento und was sich daran schließt, gleichfalls maßgebend war für die Form der weiteren Verhandlung; nur

war das eben nicht eine Verhandlung über dare oportere, weil die Parteien keine sponsio miteinander geschlossen hatten, aber es war das dem Act, den sie wirklich vorgenommen hatten, entsprechende Verfahren.

Hiernach beruht auch die Bemerkung St.'s, gerade durch den Sponsionsproceß werde bewiesen, daß im Sacramentsproceß die intentio für die Form des Processes maßgebend gewesen, indem im Sponsionsproceß eben die intentio die Rechtsfrage angebe, um die sich der Proceß auch formell drehe, auf einem Irrthum; denn die s. g. intentio im Legisactionenproceß entspricht durchaus nicht der intentio der aus der sponsio praeiudicialis hervorgehenden formula.

Uebrigens war, und das führt mich zu dem bis jetzt noch nicht berührten wichtigsten Grund gegen die ganze obige Deduction St.'s, für die Rechtsfrage im Sponsionsproceß die intentio nicht maßgebend, denn die Römer betrachteten die actio in rem per sponsionem nicht als persönliche Klage, wie freilich St. behauptet, sondern als *actio in rem.* Es ergibt sich das aus folgenden Momenten:

a) Gaius (IV. §. 90.) bezeichnet das agere in rem per sponsionem mit dürren Worten als in rem actio und setzt sie (cf. §. 89 und 100) als in rem actio der actio in personam geradezu entgegen. Ganz dasselbe geschieht in

Vat. fragm. §. 336;

denn, so lückenhaft diese Stelle sonst ist, so viel ergeben die lesbaren Worte unzweifelhaft: diejenige actio, bei der die stipulatio pro praede litis et vindiciarum vorkommt, wird als in rem actio bezeichnet. Das ist aber eben die in rem actio per sponsionem und es wird dieser actio deutlich die actio in personam entgegengestellt: „Si in personam sit actio d . . . . in rem pro praede litis et vindiciarum" . . . .

b) Damit stimmt die Aeußerung bei Gai. IV. 94. ganz überein: „Non tamen haec summa sponsionis exigitur: nec enim poenalis est, sed praeiudicialis, et propter hoc solum fit, ut per eam de re iudicetur."

c) Es kommen bei der in rem actio per sponsionem verschiedene Handlungen und Verpflichtungen der Parteien vor, welche als Surrogate entsprechender Acte der legis actio sacramento in

rem erscheinen: nämlich an der Stelle der manus consertae und der Ertheilung der vindiciae die deductio quae moribus fit, beziehungsweise das interdictum uti possidetis und die Entscheidung darüber [1]); sodann anstatt der satisdatio durch praedes litis vindiciarum die stipulatio pro praede litis vindiciarum. [2])

---

[1]) Keller, Zeitschr f. gesch. RW. XI. 9. — Puchta, Curs d. Inst. II. §. 161, Note 1. — Savigny, verm. Schriften I. S. 311. ff.

[2]) Im Laufe der im Obigen besprochenen Erörterung macht mir St. den Vorwurf eines groben Irrthums, den ich als ganz unbegründet und auf einem unentschuldbaren Mißverständnisse beruhend nicht übergehen darf.

In meiner Schrift: Das Erlöschen des klägerischen Rechts nach der Einleitung des Processes in seinem Verhältniß zum Endurtheil, Stuttgart 1852, habe ich S. 37. die Ansicht geltend gemacht, die stipulatio pro praede litis vindiciarum habe im Sponsionenproceß genau dieselbe Function, wie im Legisactionenproceß die praedes litis et vindiciarum, nämlich lediglich die Bedeutung eines Sicherungsmittels. Dafür berief ich mich auf den Namen, auf Gajus IV. 94, „sowie auf das enge Anschließen des Verfahrens per sponsionem überhaupt an die legis actio sacramento, von dem es im Wesentlichen durchaus und namentlich auch insofern nicht abwich, als auch im Sponsionsproceß die Vindicien ertheilt wurden, was ja gerade als die nächste juristische Veranlassung zur satisdatio durch praedes l. v. berichtet wird.“ Durch diese Aeußerung sieht sich St. auf S. 22 Note ** seiner Schrift zu folgendem polemischen Erguß veranlaßt: „Wir wissen weder, daß bei der sponsio praeiudicialis eine satisdatio durch praedes vorkommt, noch wo sich jener Bericht findet;“ der Bericht nämlich, daß die Vindicienertheilung im Sponsionsproceß die nächste juristische Veranlassung zur satisdatio durch praedes l. v. gewesen sey.

Es ist mir jedoch noch nie eingefallen, zu behaupten was hier St. widerlegen zu müssen gemeint hat; vielmehr ist der einfache jedem aufmerksamen Leser sicherlich von selbst verständliche Sinn meiner Worte der: die praedes l. v. im Legisactionenproceß sind lediglich Sicherungsmittel; dieses und nur dieses ist auch die stipulatio pro praede l. v. im Sponsionsproceß, denn auch hier werden die vindiciae ertheilt; die Vindicienertheilung wird ja aber gerade als die nächste juristische Veranlassung zur satisdatio durch praedes l. v. bei der *legis actio sacramento* berichtet; also ist auch die stipulatio pro praede l. v. nichts anderes als satisdatio, Sicherungsmittel, denn das Institut, welches im Sponsionsproceß veranlaßt ist durch die Vindicienertheilung, muß denselben juristischen Charakter haben, wie das Institut des Legisactionenprocesses, welches ganz dieselbe juristische Veranlassung

Alle diese Acte nun könnten bei der in rem a. per sponsionem nicht vorkommen, wenn dieselbe den Römern als persönliche Klage gegolten hätte; sie beweisen also schlagend, daß dieselbe als in rem actio betrachtet wurde; und gerade St. muß von seinem eigenen Standpunkt aus dieses Argument vollständig gegen sich gelten lassen, da er mit größtem Nachdruck dafür, daß bei der legis a. sacramento in rem der Proceß sich um das Eigenthum und nicht um eine persönliche Pflicht drehe, eben die Acte der legis a. sacramento geltend macht, als deren Surrogate im Sponsionsproceß die deductio quae moribus fit, das interdictum uti possidetis und die stipulatio pro praede litis vindiciarum erscheinen; dann sagen wir in voller Uebereinstimmung mit ihm: der Prätor hat keinerlei Art von „Verfügungen zu treffen über thatsächliche Verhältnisse, welche außerhalb der ihm vorgetragenen Rechtsverhältnisse liegen;" wenn der Prätor aber, schließen wir und muß consequent St. mit uns schließen, bei der in rem a. per sponsionem Verfügungen trifft, welche zu einer in personam actio nicht passen, außerhalb eines obligatorischen Rechtsverhältnisses liegen, so ist die betreffende actio eben keine actio in personam.

Dieses ganze so wichtige Argument gegen seine Auffassung der Natur der Sponsionsklage hat St. vollständig übersehen, was um so mehr zu verwundern ist, als Gajus bei der Darstellung der stipulatio pro praede l. v. speciell auf die oben geltend ge-

---

hat. Ich spreche also mit vollstem Recht von satisdatio durch praedes l. v., und ebenso sage ich mit vollstem Recht, die Vindicienertheilung werde als die nächste juristische Veranlassung zur satisdatio durch praedes l. v. berichtet, denn — ich spreche vom Legisactionenproceß (s. Gai. IV. 16 vgl. mit 92). Hätte sich St. die Mühe genommen, die betreffende Stelle meiner Schrift nicht nur zu lesen, sondern auch zu überdenken — eine gewiß nicht unbillige Forderung — so hätte er sich den Vorwurf einer bodenlosen Polemik erspart, ein Vorwurf der ihn um so mehr trifft, als ich genau denselben Ausdruck: „satisdatio durch praedes l. v." wenige Zeilen weiter oben gerade von den praedes bei der legis actio sacramento gebraucht habe. Leider gibt übrigens St.'s Schrift noch an anderen Orten Veranlassung zu demselben Vorwurf, obwohl er unter den jüngeren Romanisten nicht der einzige ist, den er trifft.

machte Bedeutung derselben für die vorliegende Streitfrage hinweist in den Worten: „quia in locum praedium successit (sc. stipulatio pro praede l. v.), quia olim, cum lege agebatur, pro lite et vindiciis . . . . . a possessore petitori dabantur praedes," überhaupt die ganze Entwickelung bei Gajus IV. 88. bis 100. zu unserer Auffassung wahrhaft drängt, indem hier, wiewohl zunächst von der Verpflichtung zur Cautionsleistung die Rede ist, die in rem actio per sponsionem, was ihr Wesen als in rem actio im Allgemeinen betrifft, als der legis a. sacramento und der formula petitoria ganz gleichartig behandelt wird.

Seiner bisher erörterten Nachweisung reiht St. dafür, daß im Legisactionenproceß nur das dingliche Recht selbst den formellen Gegenstand des Processes gebildet haben könne, noch einige weitere Gründe an, zunächst

a) in §. 4 die Behauptung, daß im Legisactionenproceß nur das dingliche Recht und kein anderes in iudicium deducirt werde. Hinsichtlich dieser Behauptung verdient St. sicherlich Beistimmung, übrigens mit dem Vorbehalt, daß nicht das dingliche Recht selbst, also z. B. das Eigenthumsrecht, sondern nur der Anspruch, den die Klage gegen den Beklagten aus dem dinglichen Recht ableitet und verfolgt, in iudicium deducirt und consumirt wird. [1])

---

[1]) S. 30 behauptet freilich St., Gaius IV. 107. 108. ergebe, daß das dingliche Recht selbst es gewesen, welches ipso iure consumirt worden: denn gerade hierin liege einer der Grundsätze, welchen er im Vergleiche zum Processe seiner Zeit hervorheben wolle; allein die fraglichen Stellen sagen umgekehrt sonnenklar das Gegentheil, denn sie sprechen mit keiner Sylbe von dem dinglichen Recht selbst, sondern von der actio, und der Gegensatz, um den es sich handelt, ist die Aufhebung der actio ipso iure und ope exceptionis. Keller war hiernach im Irrthum, wenn er S. 251 und 252 seiner Litiscontestation sagte: die Ansicht, die Consumtion treffe das dingliche Recht selbst, „werde wohl niemanden in den Sinn fallen und deren Absurdität falle so in die Augen, daß davor nicht gewarnt zur werden brauche." Vgl. Keller a. a. O. S. 119 Note 9.

In Note * wendet sich St. gegen meine „Andeutung," daß es schon im Legisactionenproceß eine exceptio rei iudicatae gegeben habe, und führt dagegen Gai. IV. 108. an. Er wiederholt damit eine Ein-

Ich muß aber entschieden bestreiten, daß aus diesem Satze irgend etwas für die vorliegende Frage folgt. Die dießfallsige Beweisführung St.'s ist ganz unhaltbar. Sie lautet im Wesentlichen so:

„Die Regel: qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat, setzt in Anwendung auf das dingliche Recht voraus, daß es selbst auch unmittelbar das Object der actio gewesen seyn müsse, denn nur unter dieser Voraussetzung kann gesagt werden: de ea re actum est, es ist Gegenstand des Processes gewesen."

Hierin liegt eine vollständige Verkennung des Wesens der processualischen Consumtion im Legisactionenproceß.

Das Klagerecht galt als in iudicium deducirt und consumirt mit dem Moment der Vollendung der legis actio, die Consumtion wurde herbeigeführt gerade durch diesen Act, dann war de ea re actum; die Verhandlung in iudicio war für die processualische Consumtion durchaus bedeutungslos, denn die Consumtion trat ja stets schon durch die Vollziehung des Verfahrens in iure ein, also war auch die Form der Verhandlung in iudicio für die Consumtionsfrage ganz irrelevant. Auch wenn sich in iudicio formell der Streit um die Frage drehte, wessen sacramentum iustum sey,

---

wendung, die schon Herr Bekker gegen mich erhoben, die aber im Wesentlichen schon durch das gegen diesen in der Heidelb. krit. Zeitschrift I. S. 398. von mir Bemerkte beseitigt ist: Gajus a. a. O. negirt für den Legisactionenproceß lediglich die exceptio rei iudicatae in ihrer negativen Function, von der exceptio rei iudicatae in ihrer positiven Function, d. h. der Geltendmachung des Inhalts eines gesprochenen Urtheils gegenüber einer erneuerten Geltendmachung derselben Frage spricht er gar nicht; nur diese aber habe ich für einen einzelnen Fall des Legisactionenprocesses geltend gemacht. Man kann nun, wie das Savigny thut, die exceptio rei iudicatae in ihrer positiven Function für die ältere Zeit ganz läugnen, aber man kann sich dafür nicht auf Gai. IV. 108. berufen. Zu besonderer Satisfaction gereicht es mir übrigens, jetzt auch von Keller (R. Civilproc. S. 306) die exceptio rei iudicatae in ihrer positiven Function schon für den Legisactionenproceß angenommen zu sehen, und es gibt in der That eine Reihe von Fällen, wo sie nothwendig schon in der ältesten Zeit Platz gegriffen haben muß, wenn sie auch freilich als eigenes Rechtsinstitut noch lange nicht ausgebildet wurde.

so ist doch „das dingliche Recht selbst auch unmittelbar das Object der actio" gewesen, denn die actio ist eben die legis actio, das Verfahren in iure, dieses aber betraf ja auch nach unserer Annahme unmittelbar das dingliche Recht, indem, wie niemand bestreitet, der Kläger dasselbe in gesetzten Worten feierlich geltend machte.

b) In §. 5 und 6 führt St. aus, daß das Urtheil im Sacramentsproceß nur das dingliche Recht selbst betroffen habe. Diese Ausführung wird eröffnet mit der Widerlegung der herrschenden Ansicht, und diese Widerlegung fängt an mit der Bemerkung, die hauptsächlichste Begründung der herrschenden Ansicht bestehe in einer Berufung auf die Analogie der sponsio praeiudicialis. Ihm gegenüber, der eben diese Analogie bestreite, sey jener Grund natürlich eine petitio principii. Ich muß durchaus auf diesem Grund für die herrschende Ansicht beharren, und zwar ohne den Vorwurf einer petitio principii befürchten zu müssen, weil sich die Berechtigung des fraglichen Arguments aus dem von mir schon oben (gegen St.'s §. 3) dargelegten Parallelismus zwischen der sponsio praeiudicialis und der legis a. sacramento ergibt.

Uebrigens kann der Beweis, daß das Urtheil im Sacramentsproceß darauf gelautet habe: utrius sacramentum iustum sit, geführt werden, ganz unabhängig von obiger Analogie, direct durch Quellenzeugnisse, nämlich

Cic. pro Caecina 33.
Cic. de orat. I, 10, 42.
Cic. pro domo 29.
Cic. pro Milone 27.
Arnobius advers. gentes 4.

Von diesen fünf Stellen sind die drei ersten entschieden die wichtigsten. Zu ihrer Beseitigung beruft sich St. auf Dernburg's Interpretation derselben (Heidelb. krit. Zeitschr. I. 462), die ich aber in meiner obigen Ausführung bei der Lehre von den decemviri genügend widerlegt zu haben glaube.

Ich muß die gemeine Meinung über die Form des Urtheils im Sacramentsproceß schon durch jene Ausführung im Wesentlichen für erwiesen halten. Dieselbe erhält übrigens eine nicht unerhebliche Unterstützung durch die zuletzt angeführte Stelle des

Arnobius. Er bespricht a. a. O. einen fingirten Streit zwischen fünf angeblichen Göttinnen, von denen jede die ächte Minerva zu seyn behauptet, und gebraucht dann hinsichtlich der Entscheidung dieses Streits die Wendung:

„quis quaesitor, quis arbiter cervicibus tantis erit, qui inter personas huiusmodi aut vindicias iustas dare aut sacramenta conetur pronunciare non iusta."

Hiernach fingirt er unzweifelhaft die obschwebende Frage als Object eines Civil- speciell eines Sacraments-Processes; und eben so wenig kann es einem Zweifel unterliegen, daß mit dem Ausdruck „sacramenta pronunciare non iusta" die definitive Entscheidung des Streits bezeichnet ist. Allein, wendet St. ein, selbst wenn wir annehmen, es solle in jenen Stellen die definitive Entscheidung einer Streitsache bezeichnet werden, so ist doch nicht dargethan, daß wir in den fraglichen Worten die genaue und totale Fassung des Urtheils vor uns haben; im Gegentheil, es war den Schriftstellern höchstens darum zu thun, das günstige oder ungünstige Resultat eines Processes in prägnanter Weise zu bezeichnen, wobei ihnen auf das streng Technische nichts ankam.

Ich bezweifle, daß dieses Raisonnement Stich hält, wiewohl St. in demselben zusammentrifft mit

Mayer ad Gaii inst. Comm. IV; Sum 4. (Tub. 1853) §. 18.

Schon auf den ersten Blick nämlich zeigen die fraglichen Formeln recht eigentlich das Gepräge des Technischen, ja es läßt sich für den Gebrauch derselben gar kein anderer Grund denken, als daß sie eben die technischen Formeln des Urtheils waren, und, daß die Schriftsteller das Resultat in prägnanter Weise ausdrücken wollten, spricht eben für die technische Bedeutung der fraglichen Formeln, denn der technische Ausdruck ist stets der prägnanteste.

Schwerer wiegt folgende Einwendung Mayer's a. a. O. §. 16:

Wenn auch in den Ciceronianischen Stellen die technische Urtheilsformel gegeben sey, so beweisen sie doch diese Urtheilsformeln nur für Statusprocesse; denn nur um solche handle es sich in jenen Stellen; für die übrigen Processe aber nicht, denn diese heischen eine condemnatio, eine solche liege aber in dem Ausspruch: „utrius sacramentum iustum" noch nicht.

Diese Einwendung widerlegt sich jedoch durch die Betrachtung, daß man hiernach zwei ganz verschiedene Formeln des Urtheils

annehmen müßte, den indirecten Ausspruch über das streitige Rechtsverhältniß: utrius sacramentum iustum, bei Statusprocessen, einen directen Ausspruch dagegen in allen übrigen Rechtsstreitigkeiten. Eine solche Verschiedenheit ist eben innerlich höchst unwahrscheinlich und gar kein Grund aufzufinden, warum, wenn die Regel der directe Ausspruch war, bei den Statusprocessen jene indirecte Form beliebt worden wäre; wir haben sicherlich nur die Wahl, entweder die directe Urtheilsform oder die indirecte: utrius sacramentum iustum, für alle Rechtsstreitigkeiten anzunehmen. Da nun die letztere in mehreren einzelnen Fällen unwiderleglich bezeugt ist, so müssen wir die indirecte Form als die durchgreifende festhalten.

Wird aber nicht unsere ganze Ausführung hinsichtlich der Urtheilsform im Sacramentsproceß einfach widerlegt durch den Bericht bei

Gai IV. 48.

wornach:

„iudex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, *sicut olim fieri solebat*, sed aestimata re pecuniam eum condemnat?"

In der That premirt auch St. diese Stelle sehr, und glaubt in ihr deutlich gesagt, daß im Sacramentsproceß eine condemnatio und zwar direct auf das streitige Object selbst, bei der Vindication also gerade in das verfolgte Eigenthumsobject erfolgt sey.

So einfach und klar dieses Argument auf den ersten Anblick erscheint, so wenig hält es eine auf den Grund gehende Untersuchung aus. Vor allem ist es nicht schwer, zu zeigen, daß um was es sich gerade handelt, bei der Vindication durch legis actio sacramento überhaupt eine condemnatio juristisch gar nicht möglich war.

Das ergibt sich mit Evidenz aus dem uns ja erhaltenen Ritus der alten vindicatio; als den Gegenstand des Processes ersehen wir aus demselben lediglich die Frage: wem das Eigenthum der streitigen Sache gehöre, das meum esse; denn der Kläger behauptet: „ex iure Quiritium meum esse aio", ebenso der Beklagte; von der formellen Geltendmachung eines Anspruchs darauf, daß der Beklagte zur Herausgabe der Sache verurtheilt werde, keine Spur! Ja es ist ja hier streng genommen überhaupt

nicht von Kläger und Beklagtem die Rede, da beide genau mit denselben Reden und Handlungen activ auftreten, wie denn auch Gajus (IV. 16) offenbar absichtlich nicht von actor und reus spricht, sondern nur von dem „qui vindicabat, qui prior vindicaverat" auf der einen, und von dem „adversarius," dem „alter" auf der anderen Seite.

Hiernach konnte das Urtheil auf gar nichts anderes lauten als auf: res Agerii est oder non est, was nur formell indirect ausgedrückt wurde: sacramentum Agerii iustum est etc.

Hätte der iudex eine condemnatio ausgesprochen, mit andern Worten dem Beklagten eine Leistung auferlegt, so wäre er weit hinausgegangen über den durch den solennen Ritus der legis actio sacramento genau bestimmten Gegenstand des Streits, eine Ausschreitung, die sich am allerwenigsten verträgt mit dem ganzen starren, unbiegsamen, wesentlich durch die solennen Worte und Handlungen der Parteien in iure bestimmten Charakter des Legisactionenprocesses überhaupt und des Sacramentsprocesses insbesondere. Ist nun demgemäß im alten Vindicationsproceß eine condemnatio überhaupt nicht möglich, so kann es selbstverständlich in demselben auch eine condemnatio in ipsam rem nicht gegeben haben, und kann Gajus IV. 48. auch nicht von einer solchen sprechen, vielmehr muß diese Stelle einen andern Sinn haben; wir wollen es auch nicht umgehen, zu untersuchen welchen?

Die intentio der legis actio sacramento in personam lautete, soviel wir wissen: aio te mihi dare oportere, bei Delictsklagen: ajo te mihi damnum decidere oportere; sie forderte also eine Leistung vom Beklagten und damit wäre natürlich eine condemnatio ganz wohl vereinbar gewesen; gleichwohl dürfen wir eine solche nicht annehmen, denn eine ganze Reihe der gewichtigsten Stellen spricht bei solchen persönlichen Klagen nur von einem iudicatus, nicht von einem condemnatus.

Liv. XXIII. 14. Gell. XX. 1.
Gai. III. 78. Gai. IV. 2.

Dieses Ergebniß spricht zugleich im höchsten Grade für unsere Ansicht von der Form des Urtheils im Sacramentsproceß überhaupt, daß dasselbe nur indirect gelautet habe: utrius sacramentum iustum, denn hätte es in ipsam rem im Sinne St.'s gelautet, direct auf das streitige Object selbst, dann wäre bei den

persönlichen Klagen die Form der condemnatio unvermeidlich gewesen; da wir aber eben nur einen iudicatus finden, so kann eben das Urtheil nicht direct gelautet haben.

Dagegen ist bei den übrigen Legisactionen, soweit dieselben überhaupt hier zur Sprache kommen können, der legis a. per iudicis postulationem und per condictionem, die Möglichkeit einer condemnatio und zwar in ipsam rem, direct auf das streitige Object selbst lautend nicht zu bestreiten.

Nach all dem kann im äußersten Fall §. 48. den Sinn haben: Jetzt lautet die condemnatio stets auf Geld, während sie einst, d. h. zur Zeit der Herrschaft des Legisactionenprocesses auf das streitige Object selbst gelautet hat, soweit es nämlich überhaupt im Legisactionenproceß eine *condemnatio* gab, so daß also Gajus durchaus nicht eine gleich umfassende Anwendung der condemnatio im Legisactionenproceß behauptet, wie sie für den Formularproceß bestand. Dieses Verständniß der Gajanischen Stelle ist denn auch sprachlich ganz gerechtfertigt; denn das „sicut olim fieri solebat" bedeutet durchaus nicht, daß die condemnatio die Regel gebildet habe, bezeichnet nicht eine bestimmte quantitative Ausdehnung des fraglichen Gebrauchs, und zudem wird dasselbe auch unterstützt durch den ganzen Zusammenhang. Gajus will hier gar nicht von der Form der Urtheile handeln, sondern von dem Object der Verurtheilung, und er sagt einfach folgendes:

Der Theil der formula, welcher condemnatio heißt, lautet auf eine Schätzung in Geld; daher, wenn wir auch eine körperliche Sache klagend verlangen, so verurtheilt der Richter den Beklagten doch nicht auf diese Sache selbst, wie das früher vorkam, sondern nach Abschätzung der Sache auf Geld, mit einem Worte: die Pointe ist der Satz, daß im Formularproceß die Verurtheilung stets auf Geld laute. An den Gegensatz von condemnatio und bloßem iudicatum hat Gajus offenbar gar nicht gedacht.

In §. 6 glaubt St. seine Ansicht über die condemnatio noch weiter begründen zu können durch drei für sich bestehende Argumente.

Nach unserer Ansicht über den formellen Gegenstand des Sacramentsprocesses, führt er zuerst aus, würde es in der Vindication an einem Medium gefehlt haben, durch welches der

Kläger zu seiner Sache oder ihrem Werth hätte gelangen können. Im Sponsionsproceß — da werde ein solches Medium geschaffen, indem der Beklagte durch eine besondere Stipulation sich verpflichte, die Sache zu restituiren, sobald für den Kläger judicirt würde; dieser accessorische Vertrag begründe dem Eigenthümer eine directe Klage auf Auslieferung der Sache; im Sacramentsproceß dagegen fehle eine ähnliche Abhülfe; woraus hätte nun die Verpflichtung zur Restitution entspringen sollen? Es bleibe nur die Annahme übrig, daß das geschehen sey durch das Urtheil.

Allein es bedurfte einer Begründung der Restitutionsverbindlichkeit durch die Form des Urtheils keineswegs; die Verpflichtung dazu entstand im Vindicationsproceß vielmehr einfach und unmittelbar durch das Gesetz; die Verpflichtung des Beklagten, die Sache herauszugeben war eine gesetzliche Folge des richterlichen Ausspruchs, daß das sacramentum des Klägers iustum sey (vgl. Savigny, System VI. S. 314).

Uebrigens kann ich auch die hinsichtlich des Sponsionsprocesses geäußerte Meinung, als sey hier das zur Restitution verpflichtende Medium eine besondere Stipulation — die stipulatio pro praede litis et vindiciarum, nicht theilen.

Sie wird widerlegt schon durch eine unbefangene Betrachtung des von

Gaius IV. 88—94.

Berichteten. Darnach ist nämlich der Zweck der stipulatio pro praede litis et vindiciarum gerade nicht der von St. behauptete, sondern lediglich der der Sicherheitsleistung durch Bürgschaft. Ich habe das bereits in meiner Schrift

das Erlöschen des klägerischen Rechts S. 36—41.

ausführlich und, wie ich hoffe, überzeugend dargelegt. Freilich ist St. auf diese Ausführung nicht näher eingegangen; ich will gleichwohl die Hauptgründe gegen seine Meinung über die Function der stip. pro pr. l. v. hier entwickeln, da die Frage für die Entwickelung des römischen Civilprocesses von principieller Bedeutung ist.

St. selbst verneint das Daseyn eines der stip. pro praede l. v. analogen accessorischen Vertrags für den Sacramentproceß — und das mit Recht, indem namentlich die praedes einen solchen nicht voraussetzen, da sie durchaus nicht bloß hinzutreten können

zu einer verbis contrahirten obligatio (vgl. Bachofen, röm. Pfandr. S. 221 ff.); nun sagt aber Gajus in §. 94 ausdrücklich und deutlich, die stipulatio pro praede l. v. sey an die Stelle der praedes getreten, die im Legisactionenproceß dem Kläger vom Beklagten pro lite et vindiciis gestellt worden seyen; also hat sie im Sponsionsproceß lediglich diejenige Function, welche die praedes im Legisactionenproceß hatten, d. h. also die satisdatio, die Sicherung durch Bürgschaft. Wäre St.'s Meinung richtig, so hätte Gajus gerade nicht sagen können, seine stipulatio sey an die Stelle der praedes getreten, sondern er hätte sagen müssen, sie sey an die Stelle des die Verpflichtung zur Restitution begründenden Acts getreten. Grell tritt die Willkürlichkeit von St.'s Argumentation über diese Frage hervor in seiner Aeußerung: die stipulatio pro praede l. v. solle erst jene Verpflichtung begründen, welche dann „nebenher" durch Satisdation gesichert werden könne, während Gajus gerade den Zweck der Satisdation aufs klarste als die Hauptsache hinstellt, St. also gegen die klaren Quellenzeugnisse das Verhältniß so, wie es ihm eben paßt, einfach umkehrt. Dasselbe Resultat ergibt sich aus der von mir in meiner obigen Schrift näher erörterten, auch von St. benützten Stelle

Cic. in Verr. II. 1. 45.

Cicero gibt hier als die möglichen processualischen Formen für die Geltendmachung der hereditatis petitio an: die legis actio sacramento und das agere in rem per sponsionem; letzteres charakterisirt er so: „aut, pro praede litis vindiciarum quum satis accepisset (sc. actor), sponsionem faceret: ita de hereditate certaret." Hier ist nun als das Wesen, als die eigentliche Sanction der stipulatio pro praede l. v., ausschließlich das satisdare bezeichnet, und zwar auf besonders prägnante Weise, indem Cicero die stipulatio pro praede l. v. gar nicht mit Namen nennt, sondern sie statt dessen durch Angabe ihres Inhalts bezeichnet.

Hiernach gelange ich zu dem Resultat: Auch im Sponsionsproceß ist das den Beklagten zur Restitution verpflichtende Medium nicht ein besonderes Rechtsgeschäft, sondern das Gesetz, das jene Verpflichtung unmittelbar an den Ausspruch: reum summam sponsionis dare oportere = rem actoris esse knüpft, eine An-

schauung, die zu meiner besondern Freude sich auch bei *Mayer* ad Caj. IV. 48 p. 67 bei. Not. 2 findet.

Durch das Vorstehende ist zugleich vollständig erledigt, was St. gegen meine Auffassung des Unterschieds zwischen den praedes im Legisactionenproceß und der stipulatio pro praede l. v. eingewendet hat; dieser Unterschied reducirt sich allerdings lediglich auf die juristische Natur der Verpflichtung, welche die dem Kläger zu stellenden Bürgen übernehmen: die Bürgen im Legisactionenproceß haften als praedes nach der eigenthümlichen, die gesammte Person als solche ergreifenden Natur dieses Instituts (vgl. Bachofen a. a. O.), die Bürgen im Sponsionsproceß dagegen verpflichten sich einfach in der Form der stipulatio, näher der sponsio, wie wir aus Gai. IV. 89 am Ende und aus der Analogie der Formel der stipulatio iudicatum solvi (l. 19. D. iud. solvi. 46, 7) schließen müssen; sie übernehmen also die ursprüngliche obligatio des Hauptschuldners, werden somit zu einer Leistung verpflichtet. Dieser Unterschied führt uns zu einem anderen Punkt, ohne dessen Erledigung in unserer Ausführung eine Lücke wäre. Es ist kaum daran zu zweifeln, daß dieselbe Verpflichtung, welche die Bürgen durch die stipulatio pro praede l. v. übernehmen, auch vom Beklagten selber durch stipulatio dem Kläger zugesagt wurde. Warum nun das? Nicht etwa doch gerade zum Zweck der Begründung jener Restitutionspflicht des Beklagten für den Fall seiner Verurtheilung?

Zur entschiedenen Verneinung dieser Frage muß uns schon der Umstand bestimmen, daß dieselbe stipulatio zwischen Kläger und Beklagtem bei der formula petitoria als stipulatio iudicatum solvi vorkommt, der doch niemand die Function, als Medium für Begründung der Restitutionspflicht für den verurtheilten Beklagten zu dienen, wird zuschreiben wollen, da ja bekanntlich hier der iudex einen besonderen Restitutionsbefehl erläßt und die stipulatio iudicatum solvi wirklich auch nicht das Versprechen des restituere enthält, sondern der Erfüllung der Endsentenz, der Zahlung der Geldsumme, in welche schließlich der Beklagte condemnirt wurde, wie sich ergibt aus

Gai. IV. 89. Paul. sent. V. 9 §. 3
l. 38 §. 2 D. de solut 46, 3
l. 9 D. iud. solvi 46, 7

und aus der Formel der stipulatio iudicatum solvi, die, so weit sie hieher gehört, entschieden gelautet hat: „Si res. q. d. a. . . . . . . adversus te iudicata . . . . . erit, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari spondes?“

Vgl. auch Schirmer, die prätorischen Judicialstipulationen S. 48 ff. S. 71 ff. S. 106 ff.

Wie erklärt sich nun aber sonst jene stipulatio des Klägers und des Beklagten selbst?

Sehr einfach:

Die stipulatio pro praede litis et vindiciarum sowohl als die stipulatio iudicatum solvi war eine sponsio; die Bürgen verpflichteten sich in beiden Fällen in der Form der sponsio, sie waren *sponsores*, sponsores aber (und fidepromissores) können nur hinzutreten zu einer *verborum* obligatio.

Gai. III. 119.

Deßhalb muß der Beklagte die Leistung dessen, wozu er an sich schon durch das Urtheil verpflichtet wird, noch besonders spondiren; diese stipulatio des Beklagten selbst ist die absolute Voraussetzung für die Gültigkeit der sponsio der Bürgen, also für die Möglichkeit der satisdatio, des eigentlichen Zweckes der stipulatio pro praede l. v. und der stipulatio iudicatum solvi.

Hieran darf noch die Bemerkung geknüpft werden, daß die Richtigkeit unserer Ansicht über die Bedeutung der stipulatio pro praede l. v. als satisdatio eine gewichtige Stütze in der ganzen Darstellung von

Gai. IV. 88 sq.

hat, indem hier die stip. pro praede l. v. und die stip. iudicatum solvi, was ihr inneres Wesen und ihre Function betrifft, ganz gleichgestellt werden, daß aber die Function der stip. iudicatum solvi. entschieden die ist, dem Kläger satisdatio zu verschaffen, materielle Sicherheit durch Bürgen für die Realisirung seines Anspruchs. Letzteres glaube ich in meiner mehr angeführten Schrift

S. 36 –41

hinlänglich erwiesen zu haben, eine Beweisführung, die in ein-

zelnen Punkten noch ergänzt wird durch das im Bisherigen über die stip. iudicatum solvi Ausgeführte.

Das zweite der fraglichen drei Argumente St.'s dafür, daß im Vindicationsproceß der Beklagte zur Leistung der streitigen Sache selbst verurtheilt worden sey, besteht in dem Ausdruck: „litem dare, litem addicere," wie er namentlich in dem bekannten Fragment der XII Tafeln bei Gellius XVII, 2 vorkommt:

„Ante meridiem causam coniciunto, quam perorant ambo praesentes, post meridiem praesenti litem *addicito*. Sol occasus suprema tempestas esto."

In Wahrheit beweist dieser Ausdruck jedoch nicht das Mindeste für St.

Vor allem nämlich ist das addicere" gar nicht gleichbedeutend mit condemnare, vielmehr spricht eben die Phrase: addicere actori zur Bezeichnung des dem Kläger günstigen Endurtheils gegen die Form der condemnatio des Beklagten, denn ein addicere rem actori ist doch nicht ein condemnare reum ad restituendam rem, während es umgekehrt ein ganz adäquater Ausdruck ist für den Ausspruch: sacramentum actoris iustum est = res actoris est, mit Einem Worte für ein bloßes iudicare.

Sodann hat auch das Wort „lis" gar nicht die Bedeutung, in der es St. in obiger Phrase nehmen muß, um das zu beweisen, was er bewiesen haben will, die Bedeutung: Körperliche Sache (als Gegenstand des Streits); vielmehr bedeutet lis a) den Rechtsstreit selbst, b) den juristischen Anspruch über welchen processirt wird, c) das Object dieses Anspruchs, dasselbe mag seyn welches es will.

Daß nun in der Phrase: litem addicere „lis" in einer dieser drei Bedeutungen zu nehmen ist, das wird eben bewiesen durch jenes Zwölftafelfragment, denn dieses will die allgemeine Regel aufstellen: Es solle stets zu Gunsten des Anwesenden und zum Nachtheil des contumax entschieden werden, während, wenn man die Stelle so versteht wie St., sie ja nur passen würde auf die Fälle, wo das Object des im Rechtsstreit befangenen Anspruchs eine körperliche Sache ist und wo der Beklagte als contumax erscheint.

Ebenso unglücklich ist St. mit seinem dritten und letzten

Argument, der Herbeiziehung des rem addicere von Seite des Prätors bei der in iure cessio.

Dagegen, daß dieses ein condemnare in ipsam rem bezeichne, spricht zuerst der Ausdruck addicere selbst (worüber oben), ferner die Betrachtung, daß die in iure cessio eine Anwendung der legis actio sacramento in rem, bei dieser aber, wie schon gezeigt worden, eine condemnatio gar nicht möglich ist, endlich der Ritus der in iure cessio selbst. Nach Gai. II. 24 haben wir uns denselben so zu denken:

Der Erwerber tritt als Kläger auf und leitet diesen Act der freiwilligen Gerichtsbarkeit gerade so ein, wie derjenige, der in einem wirklichen Rechtsstreit das Eigenthum seiner Sache verfolgt, d. h. er ergreift die Sache, spricht die Vindicationsworte aus und berührt sie mit der festuca, der Veräußernde dagegen enthält sich der contra-vindicatio, und darauf: „eam rem addicit praetor;“ hier ist nun eine condemnatio des Veräußernden zur Herausgabe der Sache geradezu unmöglich, da der Veräußernde die Sache ja gar nicht hat, sie sich vielmehr gerade in der Gewalt des Klägers befindet, der sie mit der Hand hält und mit der festuca berührt. Also kann das rem addicere nur den Ausspruch bezeichnen: res actoris est. Es läßt sich übrigens auch nicht einmal dafür das: rem addicere anführen, daß die Form des Urtheils im Sacramentsproceß direct auf das rem Agerii esse und nicht: sacramentum Agerii iustum esse gelautet habe, weil es ja bei der in iure cessio gar nicht zur provocatio sacramento kam.

Durch das Bisherige hoffe ich, die herrschende Ansicht über die Form des Sacramentsprocesses in iudicio genügend gerechtfertigt zu haben, und kehre daher wieder zu Keller's §. 13 zurück. Der noch zu betrachtende Inhalt desselben beweist sofort, daß unsere ausführliche Erörterung über den so eben berührten Gegenstand keine müßige war, daß sich vielmehr an unser Resultat praktische Folgen knüpfen.

Aus der Einrichtung daß die Entscheidung über das sacramentum formell die vorherrschende Aufgabe bildet, erklärt K. die Abweisung des Klägers wegen Pluspetition für den Legisactionenproceß: die Wette muß gewonnen und verloren werden; das sacra-

mentum des Klägers, der 100 fordert, ist iniustum, er mag in Wirklichkeit nichts oder 99 zu fordern haben.

Dieser Ausführung wird man nur beitreten können; denn das ist keine Frage, sie erklärt wirklich vollkommen genügend die Folgen der pluris petitio, und wird wesentlich unterstützt durch den von K. an einem andern Orte (Litiscont. und Urtheil §. 56) vollständig geführten Beweis, daß die Nachtheile der Pluspetition überhaupt und besonders auch noch im Formularproceß von den Römern selbst zurückgeführt werden auf die Formen des römischen Processes als ihren Grund.

Nicht minder glücklich ist die Hinweisung, wie in dem schroffen Ja oder Nein, welches die Entscheidung über das sacramentum ausmacht, das directum, asperum, simplex liege, das Charakteristische des iudicium, im Gegensatz zu dem mite moderatum des arbitrium, und ganz von selbst versteht sich die Folgerung, daß für Rechtsverhältnisse der letzteren Art eine andere Proceßform vorhanden gewesen seyn müsse. Ob von jeher? das hängt davon ab, ob ursprünglich derartige Rechtsverhältnisse überhaupt rechtlich geschützt, ob sie als Rechtsverhältnisse anerkannt worden sind? Eine Frage, die weiter unten zu berühren ist. Zunächst beschäftigt uns K.'s §. 14. Er legt den Ritus der zwei Hauptarten der legis actio sacramento dar, des sacramento agere in personam und in rem, indem er die einzelnen Acte, aus denen der Ritus besteht, in ihrer Aufeinanderfolge genau betrachtet und dann den Ritus zuerst der actio in personam, hierauf der actio in rem „beispielsweise, und sowohl im Ganzen als in einzelnen Theilen nur sehr ungefähr" reconstruirt. Hier nun bewahrheitet sich augenfällig, was wir schon oben an K.'s Darstellung des Legisactionenprocesses rühmen mußten; wir sehen eine Gestalt mit Fleisch und Blut, wenn schon das Bild selbst nur auf „ungefähre" Aehnlichkeit Anspruch macht. Wir betrachten jedoch näher nur den Ritus der in rem actio, weil K.'s Reconstruction von Dernburg (Heidelb. krit. Zeitschr. I. S. 467) eine andere gegenübergestellt worden ist. In K.'s Beispiel handelt es sich um Vindication eines fundus, und wir müssen uns erinnern, daß diese beginnt mit dem ex iure manum consertum vocare.

Sowohl nach D. als nach K. beginnt nun die legis actio der Kläger so: Fundus qui est in agro qui Sabinus vocatur,

cum ego ex jure Quiritium meum esse aio. Nach K. fährt er fort: Inde ibi ego te ex iure manu consertum voco, während D. diese Worte erst später folgen und zunächst den Gegner ganz mit der vom Kläger selbst gebrauchten Formel Widerspruch erheben und darauf hin erst den Kläger das Inde ibi ego te etc. sagen läßt.

Die Quellen entscheiden diese Differenz klar zu K.'s Gunsten, denn

Cicero pro Murena 12

stellt den Hergang deutlich so dar, daß in Einem Zug der Kläger die Vindicationsworte sagt und den Aufruf zum manus conserere erläßt, und verneint ausdrücklich jede Zwischenrede des Beklagten, indem er ihn erst auf den Aufruf zum manus conserere erwidern läßt und zwar mit demselben Aufruf an den Kläger. Gerade das letztere verweist aber D. an eine spätere Stelle, indem er auf jenen Aufruf des Klägers den Befehl des Prätors, die Vindicien zu holen, folgen läßt. Auch hier wird D. durch die Quellen widerlegt.

Denn Cicero legt dem Beklagten auf das: „Inde ibi ego te ex iure manum consertum voco" als sofortige Antwort in den Mund: „Unde tu me ex iure manu consertum vocasti, inde ibi ego te revoco," und erwähnt erst als darauf folgend den Befehl, die Vindicien zu holen. D. wird zu seiner Annahme verleitet durch die Aeußerung Cicero's: „Quid huic tam loquaciter litigioso responderet ille, unde petebatur, non habebat," die er so versteht als sage Cicero, der Beklagte habe auf die weitschweifige Anrede des Klägers gar keine Antwort; allein das will Cicero nicht sagen, er spottet nur darüber, daß der Beklagte keine entsprechende Antwort habe, sondern nur das ex iure manu consertum vocare wiederhole. Die Richtigkeit dieser Erklärung Cicero's wird außer allen Zweifel gesetzt durch

Gellius Noct. Att. XX. 10. §. 9

„ex iure manum consertum vocarent, id est *alter alterum* ex iure ad conserendam manum in rem, de qua ageretur, vocaret."

Natürlich fällt damit von selbst auch die Bedeutung, welche D. der Formel des Beklagten: Unde tu me etc. beilegt, als rufe durch sie der Beklagte, nachdem sie auf dem Grundstück an-

gekommen, den Kläger vor Gericht zurück; sie ist vielmehr eine Gegenaufforderung, ad manus conserendas von dem Prätor weg auf das Grundstück zu gehen.

Endlich hat auch hinsichtlich des letzten Streitpunkts zwischen K. und D. ersterer die Quellen für sich. D. läugnet die Wiederholung der Worte: Aio etc. von Seite des Klägers nach der Rückkehr der Parteien zum Tribunal, allein

Gai. IV. 17 und Gell. l. c.

lassen daran keinen Zweifel:

„et in eam partem perinde atque in totam rem praesentem fiebat vindicatio"

und:

„et in ea gleba, tanquam in toto agro, vindicarent."

K. warnt übrigens §. 15 vor dem Irrthum, als seyen die in §. 14 reconstruirten Figuren der legis a. sacramento der erschöpfende Typus der legis a. s. in personam und in rem.

Die Form der hereditatis petitio zunächst sey allerdings ganz die der vindicatio der singulae res; dagegen sey für die actio confessoria und negatoria entschieden eine eigene Figur der legis a. s. in rem anzunehmen. K. reconstruirt sie aus der intentio jener Klagen im Formularproceß beispielsweise so:

Agerius: Aio mihi ius esse eundi agendi in fundo etc. (vindicatio).

Negidius: Nego tibi ius esse eundi agendi in fundo etc. (contravindicatio).

So die confessoria, gerade umgekehrt die negatoria:

Agerius: Nego tibi ius esse etc.

Negidius: Aio mihi ius esse etc.

Das ist denn auch sehr wahrscheinlich; ebenso die Vermuthung K.'s, daß die Formeln bei Valerius Probus:

Quando negas te sacramento quingenario provoco und:

Quando ais neque negas (od. negabo) (sacramento quingenario te provoco) hieher gehören, also die Formeln der Aufforderung zum sacramentum bei der a. confessoria und negatoria sind.

Mit dieser Figur hält K. den Kreis der a in rem für geschlossen, wogegen er es für unmöglich erklärt, die verschiedenen Gebilde der sacramento actio in personam auch nur annähernd

zu übersehen; die actio müsse je nach den verschiedenen gesetzlichen Entstehungsgründen der Obligationen in den mannichfaltigsten Specialformen variiren. Dafür wird schlagend angeführt

Gai. IV. 11. 30.

Als Beispiel einer solchen Specialform führt K. schließlich die actio furti (nec manifesti) vor, sie aus ihrer intentio im Formularproceß so wiederherstellend:

Aio ope consiliove tuo mihi furtum factum esse paterae aureae ob eamque rem te pro fure damnum mecum decidere oportere.

K. beruft sich hiefür, wie gesagt, nur auf die intentio der a. furti im Formularproceß; seine Reconstruction wird aber wesentlich unterstützt durch die von Dernburg beigebrachte Stelle: Cic. de nat. deor. III. 30:

„Ope consiliove tuo furtum aio factum esse,"

und weiter noch durch Festus s. v. vindiciae

„et in XII: Si vindiciam falsam tulit, si velit is . . . . tor arbitros tres dato, eorum arbitrio . . fructus duplione damnum decidito,"

indem letztere Stelle beweist, daß die Formel: damnum decidere allerdings schon der ältesten Zeit angehört.

Das iudicium bei der legis a. sacramento läuft nach dem Obigen nie in eine eigentliche Condemnation oder Absolution aus; der Beklagte kann höchstens iudicatus (im Gegensatz zu condemnatus) werden; daher mußte es, wenn die intentio des Klägers nicht schon von vornherein auf die Schuld einer bestimmten Summe Geldes gerichtet war, häufig, sey es behufs der Execution oder aus sonstigen Gründen, nöthig werden den durch das Urtheil bejahten Anspruch des Klägers in eine bestimmte Geldsumme zu verwandeln. Dafür scheint es ein Nachverfahren vor demselben Judex oder Collegium gegeben zu haben, auf das sich vielleicht der uns überlieferte Ausdruck: arbitrium liti aestimandae bezieht. So K. §. 16.

Es fehlen dafür zwar directe Zeugnisse, allein Sache und Namen finden sich bei dem iudicium repetundarum, das sich ursprünglich wesentlich in privatrechtlichen Formen, ja speciell in der Form der legis actio sacramento bewegte. Daraus schließt K., daß die litis aestimatio von jeher das Liquidations- und Nach-

verfahren bei der legis a. s. überhaupt gebildet habe und mit ihr auf das iudicium repetundarum übergegangen sey.

Dasselbe Institut nimmt K. aus denselben inneren Gründen bei dem Verfahren per sponsionem praeiudicialem an (S. 112).

Auch in diesem Punkte hat aber K. lebhaften Widerspruch gefunden von Stintzing und von Mayer.

Stintzing hat dagegen eingewendet (S. 64—66 seiner oft angeführten Schrift), das Bedürfniß, welches Keller'n zur Annahme des arbitrium liti aestimandae veranlaßt habe, nämlich ein Medium zu erhalten für den praktischen Erfolg der legis actio sacramento, beziehungsweise des Sponsionsprocesses, existire gar nicht, weil ja im Legisactionenproceß in ipsam rem condemnirt worden, für den Sponsionsproceß aber jenes Medium die stipulatio pro praede litis vindiciarum gewesen sey.

Mayer (Comment. ad Caium IV, 48 §. 24 sqq.) stellt K.'s Hypothese die Ansicht entgegen, daß wie im Formularproceß so schon im Legisactionenproceß die Endentscheidung stets eine pecuniaria condemnatio gewesen sey.

Stintzings Einwendung ist ganz nichtssagend, sogar von seinem eigenen Standpunkte aus: Auch wenn im Legisactionenproceß die condemnatio in rem ipsam Platz gegriffen, auch wenn die stipulatio pro praede l. v. die von ihm behauptete Function gehabt hätte; dennoch bedurfte es der litis aestimatio oder (was zunächst gleichgültig ist) eines ähnlichen Instituts, und zwar aus dem einfachen Grund, weil die manus iniectio von jeher einen auf eine bestimmte Geldsumme lautenden Anspruch voraussetzte, also jeder Anspruch, der irgend ein anderes praktisches Object hat, nach gesprochenem Urtheil, dieses mag gelautet haben wie es will (condemnatorisch oder nicht) zur Ermöglichung der manus iniectio, d. h. der Execution, in eine bestimmte Geldsumme verwandelt werden mußte.

Zwar lassen Bethmann-Hollweg, Walter und Wetzell die manus iniectio zu auch für die Ansprüche auf ein anderes Object; allein Huschke (Recht des Nexum, S. 13, Note 17) hat dargethan, daß die XII Tafeln bei

Gellius N. A. XX 1.

„Aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunto, post deinde manus iniectio esto“ wesentlich eben ein auf Geld lauten-

des Urtheil voraussetzen, und Rudorff (zu Puchta, Curs. d. Inst., 4te Aufl. §. 179, Note u) hat diese Ansicht durch eine Reihe von Quellenbelegen unzweifelhaft gemacht.

Die manus iniectio war aber sehr lange Zeit hindurch die einzige dem römischen Proceß bekannte Art der Execution. Zwar ist auch das nicht unbestritten, allein es genügt, gegen die abweichenden Ansichten auf Mayer's treffliche Ausführung (a. a. O. §. 10—12) zu verweisen und dieser nur noch beizufügen, daß

Gai. IV. 21

ganz generell die manus iniectio als das Mittel zur Realisirung des iudicatum bezeichnet.

Hiernach steht die Hauptsache fest, daß nämlich, so oft Execution nöthig wurde, stets eine Verwandlung des nicht schon von vornherein auf eine bestimmte Summe Geldes lautenden Anspruchs in eine solche erforderlich war.

So ist nur noch die Frage übrig: Welches Verfahren wurde zu diesem Zweck eingeschlagen?

Höchst wahrscheinlich eben das arbitrium liti aestimandae. Denn

1) in der früheren Zeit war die Form des Processes für Verfolgung des crimen repetundarum die legis actio sacramento, und hier finden wir als Nachverfahren, nachdem über die Hauptsache: ob und welcher einzelnen Bestechungen und Erpressungen der Beklagte sich schuldig gemacht habe, erkannt war, die litis aestimatio, d. h. die Abschätzung des Geldwerths der begangenen Verbrechen

Pseudo Ascon. in Verr. II. 4. §. 61 p. 171 ed Orelii.

Dieses ganze Verfahren war für die Repetundenprocesse eingeführt durch die lex Calpurnia (a. 605) und beibehalten in der lex Junia. Mayer freilich wendet gegen diesen Anhaltspunkt ein (p. 74 und 75), man wisse nicht, ob die durch jene leges eingeführte legis a. sacramento ein iudicium privatum oder publicum gewesen, allein gerade darüber kann im wesentlichen kein Zweifel seyn, da der eigentliche Zweck des Verfahrens die Entschädigung der Betroffenen war. [1]) Auch möchte für ersteres gerade die wesentlich privatrechtliche Proceßform selbst beweisen.

---

[1]) Rudorff, Zeitschr. f. gesch. RW. XIV S. 140. Walter, Gesch. des röm. Rechts §. 776 bei Note 8.

2) Wir finden bei der confessio in iure ein arbitrium liti aestimandae, wo die confessio nicht auf certa pecunia lautet; durch die confessio wird aber in diesen Fällen die Sache genau auf den Standpunkt gebracht, auf den sie im Legisactionenproceß durch das Urtheil gestellt wurde; daraus ist aber ein Schluß auf eine ähnliche Einrichtung auch im Fall des Urtheils gerechtfertigt.

3) Der Hauptgrund ist der, daß wir im Formularproceß dieselbe Gliederung des Verfahrens finden, wie sie von uns im Verlauf dieser Abhandlung für den Legisactionenproceß nachgewiesen worden ist. Der iudex wird angewiesen, zuerst zu untersuchen, ob das Recht des Klägers begründet sey (si paret rem (ius) actoris esse — si paret reum dare oportere — quidquid paret reum actori dare facere oportere). Der Schlußpunkt dieser Untersuchung entspricht dem Urtheil im Legisactionenproceß, und zwar auch da, wo nicht, wie bei den in rem actiones, eine besondere pronunciatio erfolgte, und daran reiht sich überall, wo der Anspruch des Klägers nicht von vornherein auf certa pecunia geht, die Anordnung, das Resultat dieser Untersuchung, falls dieselbe zu Gunsten des Klägers ausgefallen, mit andern Worten, das praktische Object der Klage in Geld zu verwandeln und in dieses schließlich den Beklagten zu verurtheilen: quanti ea res est (erit) condemna — quidquid dare facere oportet, eius condemna — hier haben wir klar das ***arbitrium liti aestimandae***, ja es fehlt sogar der Name nicht, indem jene Function des iudex, wie ihr Ergebniß, ja bekanntlich technisch ***litis aestimatio*** heißt.

Umgekehrt beweist dann die eben dargelegte Gliederung des Formularverfahrens auch selbst wieder rückwärts, daß wirklich in den Fällen, in welchen es zur Execution eines Anspruchs kam, der nicht schon vornherein auf Geld ging, im Legisactionenproceß eine Verwandlung in Geld nöthig war, und daß die condemnatio in rem ipsam nicht in Stintzings Sinn zu nehmen ist; denn nur die von uns geltend gemachte Anschauung bringt auch in die Entwicklung dieser Partie des römischen Processes diejenige Stetigkeit und Gleichmäßigkeit, die wir dort überall sonst finden und deßhalb überall voraussetzen müssen. Stintzing's Meinung über die condemnatio in ipsam rem führt in Beziehung auf das Object der condemnatio zu einem Sprung von dem Legisactionenproceß zum Formularproceß und der hier üblichen

pecuniaria condemnatio, der die Einführung der letzteren ohne alle Vermittlung läßt und daher der richtigen Grundanschauung über die Entwicklung des römischen Rechts widerstreitet, die nach Scheurl's tiefer Bemerkung [1]) davon ausgehen muß, daß jedes römische Rechtsinstitut sogleich bei seinem ersten Erscheinen die Keime seiner ganzen nachherigen Entwickelung vollständig in sich trägt.

Hiernach bestand die im Formularproceß vorgenommene Neuerung lediglich darin daß

1) der iudex in derselben Formel, in der er ermächtigt wird, den Anspruch an sich zu untersuchen und zu entscheiden, zugleich als arbiter liti aestimandae bestellt wurde, während im Legisactionenproceß zuerst in iudicio über das streitige Recht erkannt und dann erst das arbitrium liti aest. bestellt wurde:

2) die litis aestimatio im Formularproceß stets vorgeschrieben wird, es mag zur Execution kommen oder nicht, während im Legisactionenproceß nur im ersteren Fall ein arb. l. ae. angeordnet wurde;

3) im Formularproceß, soviel uns bekannt, ein ausdrücklicher Ausspruch darüber, daß das Recht des Klägers begründet sey, außer bei der in rem actio (pronunciatio) nicht vorkam, während im Legisactionenproceß in der Entscheidung: utrius sacramentum iustum ein solcher stets lag.

In dem Sinn und Umfang nun, den die bisherige Ausführung ergibt — aber auch nicht weiter — hat Mayer Recht mit der Behauptung, die den eigentlichen Gegenstand seiner mehrfach angeführten Schrift bildet, der Behauptung nämlich, daß schon der Legisactionenproceß die pecuniaria condemnatio gehabt habe; zu weit dagegen geht er, sofern er meint, daß im Legisactionenproceß genau so wie im Formularverfahren, das Urtheil des Richters stets und einzig und allein in einer Verurtheilung auf Geld bestanden, und eine Entscheidung über den Anspruch an sich namentlich in der Form der Entscheidung über die iustitia sacramenti nicht vorhergegangen sey.

---

[1]) Beiträge zur Bearb. des R. R., Bd. 2. S. 29.

Letzteres wird widerlegt

1) durch den ganzen Charakter des Legisactionenprocesses: Ueber was der Richter (allerdings formell indirect) zu urtheilen hatte, war ihm vorgezeichnet durch das Verfahren in iure und zwar durch die dort in solenner Weise erfolgte Rechtsbehauptung und Bestreitung der Parteien selbst; diese betraf eben das dem Kläger zustehende Recht selbst. Woher hätte also der iudex die Befugniß gehabt, ohne weiteres litem zu ästimiren und auf die litis aestimatio zu verurtheilen? Dieses wurde erst möglich, nachdem er seine nächste Aufgabe erfüllt hatte. Jene condemnatio ausschließlich und von vornherein auf Geld gerichtet, konnte erst im Formularverfahren entstehen, in welchem dem Richter seine Aufgabe formell lediglich durch den Magistrat vorgezeichnet wurde. Der konnte allerdings vermöge der ihm zustehenden Befugniß zur Instruction des iudex jene freilich vornehmlich formelle Aenderung vornehmen,

2) durch unsere ausführliche Nachweisung, daß das Urtheil im Legisactionenproceß wirklich auf das sacramentum gelautet;

3) durch Gai. IV. 48, aus welcher Stelle entschieden so viel hervorgeht, daß das Urtheil im Legisactionenproceß anders gelautet hat als im Formularproceß. Freilich behauptet Mayer das gerade Gegentheil, dessen Nachweis den letzten Zweck seiner ganzen Abhandlung bildet, auf den sich alle seine Ausführungen beziehen. Aber abgesehen davon, daß in dem Bisherigen alle diese Ausführungen, so weit sie von unserer Anschauung abweichen, widerlegt sind, beweist Gai. IV. 48 ganz selbständig und für sich gegen Mayer; denn er kann logisch und sprachlich eben nur im entgegengesetzten Sinn verstanden werden, wie ich in meiner Schrift: das Erlöschen u. s. w. S. 7, Note b ausgeführt habe. Durch die Einwendungen Mayer's gegen diese Ausführung (§. 28) möchte diese keineswegs widerlegt seyn. Sie beschränken sich auf die Behauptung: olim werde auch = iampridem gebraucht und drücke nicht nothwendig einen Gegensatz aus zwischen Einst und Jetzt.

Allein

1) ist sprachlich das jedenfalls die Ausnahme und meine Behauptung die Regel.

2) Gebraucht gerade Gajus sehr häufig das olim genau in

dem von mir auch für IV. 48 geltend gemachten Sinne, und besonders um einen Gegensatz zwischen dem im Legisactionen- und dem im Formular-Proceß Geltenden auszudrücken (vgl. z. B. nur Gai. IV. 82. 94. 108).

3) das Imperfectum „solebat" und das Präsens „condemnat" passen nicht zu M.'s Auslegung; wäre sie richtig, so müßte solet stehen.

4) Die ganze Stelle hätte keine rechte Bedeutung, wenn es sich hier um eine Einrichtung handelte, die von jeher dieselbe war.

Mayer wird mir übrigens entgegenhalten, was er schon Keller'n entgegenhält (S. 21), daß, wenn sie richtig wäre, alle legis actiones den Charakter der späteren arbitrariae actiones hätten. Diese Entgegnung beruht jedoch auf einem Mißkennen des charakteristischen Merkmals der arbitrariae a. Letzteres besteht nämlich durchaus nicht, wie M. annimmt, darin, daß, wenn nicht freiwillig geleistet wird, der Richter litem ästimirt; das thut er ja gerade im Formularverfahren stets, sondern darin, daß der Richter, wenn die Verhandlung des Processes ergeben hat die Verhandlung sey begründet, nach freiem Ermessen bestimmt, was und wie der Beklagte dem Kläger zu leisten habe, damit dieser als zufrieden gestellt erscheine und daß er diese Leistung dem Beklagten ausdrücklich anbefiehlt, ihn dann, wenn er diesem Befehl gehorcht, absolvirt, wenn er nicht gehorcht, condemnirt, d. h. das Object jenes arbitrium de restituendo vel exhibendo in Geld verwandelt, also, wie in jedem anderen Fall, litem ästimirt und in die betreffende Summe den Beklagten verurtheilt. Das ergibt klar die Formel der rei vindicatio bei

Cicero in Verrem II, 12
cf. Gai. IV. 47, 163

und

§. 31 Inst. de act 4. 6.

Wie könnte es auch sonst noch im Justinianischen Recht arbitrariae a. geben, da ja hier eine litis aestimatio nur noch vorkam, wenn Naturalrestitution nicht mehr möglich war?

(Fortsetzung folgt.)

R. Römer.

XIV.

Ueber angelsächsische Rechtsverhältnisse.

(Fortsetzung.)

Das Dienstgefolge.

Nicht minder bedeutend als in Bezug auf die Gemeinfreien ist die Verschiedenheit der Ansichten in Bezug auf die Gefolgschaft und die aus derselben hervorgegangene Aristokratie; dabei sind es theils die für das germanische Recht überhaupt über diesen Gegenstand geführten Controversen, welche sich auf dem speciellen Gebiet der angelsächsischen Rechtsgeschichte wiederholen, theils haben auch wohl der letzteren eigenthümlich angehörige Erscheinungen Anlaß zu verschiedenen Deutungen gegeben. Auch hier scheint es uns wieder nöthig, vor allem das Wesen der Gefolgschaft selbst festzustellen, dann aber die verschiedenen Bedeutungen sorgfältig zu unterscheiden, welche die auf dieselbe bezüglichen Ausdrücke im Verlaufe der Zeiten gewonnen haben.

Kemble hat das Verdienst, zum erstenmale etwas einläßlicher mit der Stellung der angelsächsischen Gefolgsleute sich befaßt zu haben.[1]) Ausgehend von der bekannten Stelle des Tacitus, betrachtet er die Gefolgschaft als eine Verbindung zur innigsten Lebensgemeinschaft, und hierauf weist ihn bereits der Name *gesidh*

---

[1]) Phillips, S. 154—6, handelt zwar vom Dienstvertrag derselben, aber so dürftig, daß man über dessen Bedeutung so viel wie nichts erfährt.

hin, welcher, dem hochdeutschen Gesinde entsprechend, ursprünglich einen Begleiter bedeutet; in den angelsächsischen Quellen ebenso wie bei Tacitus sind aber die gesidhas ihres Herrn beodgeneatas, heordhgeneatas, d. h. Tisch- und Herdgenossen (Beowulf), er aber ist ihr hlaford, d. h. Brodgeber. Sie sind demselben dabei zu beliebigen, selbst niedrigen Diensten um seine Person verpflichtet, und hierauf bezieht Kemble einen weiteren für sie bezeichnenden Ausdruck, thegnas, d. h. Diener;[1] die zwischen ihnen und ihrem Herrn bestehende Verpflichtung zur Treue, aus welcher sich insbesondere auch die Pflicht gegenseitiger Unterstützung mit den Waffen ableitet, ist aber eine gegenseitige und völlig unbegränzte. Kemble führt aus Beowulf, Beda und der angelsächsischen Chronik ergreifende Beispiele der von gesidhas ihrem Herrn bis in den Tod erwiesenen Treue an; nicht minder schlagende Belege ließen sich aus der Geschichte anderer germanischer Stämme mit Leichtigkeit aufbringen. Wir erinnern nur daran, wie nach der Straßburger Alamannenschlacht 200 comites des gefangenen Königs Chnodomar sich ergaben, weil sie es für schimpflich hielten, das Loos ihres Herrn nicht zu theilen[2] — wie Thormodhr Kolbrunarskald es für das höchste Glück ansieht, als ihn nach

[1]) Uns scheint es, beiläufig bemerkt, nicht richtig, wenn man allgemein dem Wort thegn die Bedeutung Diener als die ursprüngliche beilegt. In der altnordischen Sprache, und zwar in Island und Norwegen wie in Schweden und Dänemark, gilt der Ausdruck als ehrende Bezeichnung des Freienstandes; im Rigsmal, v. 21, treten höldr und thegn nebeneinander als Söhne des Karl auf, — in der jüngeren Edda heißt es, Skaldsk. c. 65: „thegnar und höldar, so werden die Bauern genannt“ — an thegn ok thräll, d. h. Freie und Unfreie, ergeht in Norwegen das Aufgebot zur Landesvertheidigung, und bei seinem thegnskapr sagt der freie Isländer an Eidesstatt aus u. dgl. m. Erst in abgeleiteter Bedeutung scheint das Wort dann für den Dienstmann zu stehen, wie ja Mann, homo, denselben Sinn annimmt; dasselbe von thegnian, dienen, ableiten zu wollen, hieße Mann von Mannschaft, homo von homagium ableiten! Ihre hat in seinem Gloss. Suio-Gotth. h. v. die obige Ansicht bereits aufgestellt; aber auch im Althochdeutschen und im Altsächsischen bezeichnet der Ausdruck ebensowohl den Mann, tüchtigen Mann, Kriegsmann überhaupt, als den Dienstmann insbesondere.

[2]) Ammian. Marcell. XVI, 12.

dem Fall König Olafs, seines Herrn, ein tödtlicher Pfeil trifft [1]) — wie Griss Saemingsson, da Hallfredhr Vandrädhaskald aus Schmerz über die Botschaft vom Tode seines früheren Herrn, König Olaf Tryggwasons, den anberaumten Zweikampf versäumt, edelmüthig den Gegner entschuldigt und spricht: der allein, der seinen Dienstherrn verloren hat, weiß, wie heiß die Liebe zum eigenen Häuptlinge seyn kann [2]) u. dgl. m. Der Herr seinerseits hat aber nicht nur, wie bereits bemerkt, seinen gesidhas ihren Unterhalt am eigenen Tisch zu reichen, sowie für deren Bekleidung und Bewaffnung zu sorgen, sondern er muß überdieß deren Dienst durch freigebige Geschenke zu belohnen wissen, und wenn der gesidh nicht wie der völlig unabhängige Krieger im Volksheere auf seinen bestimmten Antheil an der Kriegsbeute rechtlichen Anspruch hat, so erwartet er eben doch von der Milde seines Herrn auch von dieser seinen reichlichen Theil. [3]) So ist der Herr seinem Gefolge ein sincesbrytta, beagabrytta, sincgefa, d. h. ein Geber oder Austheiler des Schatzes und der als Geld dienenden Ringe; in der späteren Zeit wurde auch wohl schon gleich bei Eingehung des Verhältnisses ein bestimmter Lohn ausbedungen. [4]) Die Freundlichkeit der Beziehungen zwischen Herrn und Mann, und die daraus sich ergebende Ehre des Dienstes bei vornehmen Männern hat aber zur Folge, daß, wie bereits Tacitus berichtet, und spätere, zumal auch angelsächsische Quellen bestätigen, selbst vornehm geborene Leute gerne in solchen Dienst treten, daß solcher in den Augen des Volkes nicht im mindesten einen unehrenhaften Charakter trug.

Bei den bisher mitgetheilten Angaben über das Verhältniß der Gefolgsleute zu ihrem Herrn bleibt nun aber der Verfasser

---

[1]) Fostbrädhra S. c. 49.

[2]) Olafs. S. Tryggvasonar, c. 264. (Fornm. S. III, 23.)

[3]) Worauf es beim Herrn nach dieser Seite hin ankam, zeigt am besten der dem norwegischen Könige Halfdan beigelegte Name hinn mildi ok hinn matarilli, d. h. der Milde und im Essen Sparsame; „so wird erzählt, daß er seinen Leuten als Lohn ebensoviele Goldpfennige gab, als andere Könige Silberpfennige, im Essen aber hungerte er die Leute aus,“ Ynglinga S. c. 52.

[4]) Z. B. Cod. dipl. num. 314.

nicht stehen; derselbe behauptet vielmehr, durch den Eintritt in die Gefolgschaft sey dem Eintretenden seine Freiheit völlig verloren gegangen, und sey derselbe „the unfree chattel of a prince" geworden. [1]) Des freien Eigenthums seyen die Gefolgsleute unfähig gewesen, all ihr Besitz sey vielmehr beneficium ihres Herrn und ihnen nur zum Nutzeigenthum übergeben gewesen; eben damit hätten sie aller politischen Rechte, der Dingfolge wie der Heerfolge entbehrt, und eigentlich nie eine eigene Heimath sich begründen können: Rang und Ehre hätten sie für diesen Verlust ihrer Freiheit entschädigen müssen. Erst sehr allmählich habe sich die Lage der gesidhas gebessert, theils in Folge des Glanzes und Wohlstandes, den der Dienst über sie verbreitete, theils durch das politische Gewicht, welches sie als Gesammtheit dem Könige gegenüber übten; nachdem selbst der alte Geburtsadel, um seinen Glanz nicht völlig erlöschen zu sehen, in ihren Kreis habe eintreten müssen, die sämmtlichen Aemter in ihre Hand gelangt seyen, und selbst freie Gemeinden, um Schutz und Vertretung für ihre Interessen zu gewinnen, ihnen sich unterworfen hätten, habe auch dem Herrn gegenüber ihre Lage sich günstiger gestaltet, und seyen sie namentlich des Eigenthums u. s. w. fähig geworden. Uns scheint nun für diese ganze Ansicht Kemble's lediglich dessen schon mehrfach gerügte Unklarheit über den Begriff der Unfreiheit maßgebend geworden zu seyn; da er nämlich einerseits alle irgendwie abhängigen Leute ohne weiters als Unfreie bezeichnen zu sollen glaubt, andererseits aber dabei dennoch des Gedankens an die harten Folgen der wirklichen Unfreiheit sich nicht entschlagen kann, überträgt er eben ohne weiters auf die gesidhas Eigenschaften, die doch in Wahrheit nur den theowas zukommen. Wir glauben nicht, daß irgend jemand, der sich von jenem Grundirrthum freihält, die von Kemble versuchte Beweisführung als stichhaltig anerkennen werde; wir getrauen uns vielmehr umgekehrt, die völlige Unhaltbarkeit seiner Ansicht bündig erweisen zu können. Wenn einem königlichen Beamten durch den Spruch eines Reichstags wegen Hochverraths sein Amt und sein sämmtliches Vermögen abgesprochen wird, [2]) so liegt

---

[1]) I. S. 175.

[2]) Cod. dipl. num. 1078.

hierin denn doch ganz einfach eine Vermögensconfiscation, wie solche gegen jeden völlig unabhängigen Mann im gleichen Falle hätte verhängt werden können, und kann hieraus nicht geschlossen werden, daß dem Verräther an seinem Gute von Anfang an nur das Nutzeigenthum zugestanden habe; im Gegentheil zeigte der Umstand, daß eine häreditas agrorum ihm überhaupt confiscirt werden konnte, daß sein Besitzstand keineswegs nur durch die Gnade seines königlichen Herrn bedingt war. Wenn ferner ein Gefolgsmann einmal mit Genehmigung seines Herrn ein Stück bocland kauft, [1]) so dürfen wir hieraus nicht schließen, daß ein solcher an und für sich des Erwerbes und Besitzes von Grundeigenthum unfähig war; wäre dieß der Fall gewesen, so hätte ihm keine Erlaubniß des Herrn dem Landrechte gegenüber diese Fähigkeit verleihen können, und es ist daher aus diesem Vorkommnisse höchstens zu schließen, daß die Gefolgsleute aus Achtung vor ihrem Herrn wichtigere Geschäfte, zu deren Abschluß sie übrigens landrechtlich vollkommen befähigt waren, nicht leicht ohne dessen Rath und Genehmigung abzuschließen pflegten. Ebensowenig glauben wir daraus, daß nicht selten zu letztwilligen Verfügungen die Genehmigung des Königs erbeten, und allenfalls sogar durch pecuniäre Opfer erkauft wird, [2]) auf die Unfähigkeit der Gefolgsleute zum Besitz von Eigenthum oder zu Verfügungen über solches schließen zu dürfen. Solche Gesuche wurden nämlich nicht nur von Gefolgsleuten, sondern auch von ganz anderen Personen, z. B. von Weibern, an den König gerichtet; letztwillige Verfügungen scheinen eben nach angelsächsischen wie nach anderen germanischen Rechten etwas Ungewöhnliches, vom Landrechte nicht Anerkanntes gewesen zu seyn, und man suchte darum hier wie anderwärts durch feierliches Verfluchen aller Zuwiderhandelnden oder durch Erbittung der Garantie des Königs und anderer mäch-

---

[1]) Cod. dipl. num. 343. Vielleicht ist bei dieser, übrigens nicht einmal unverdächtigen, Urkunde auch darauf Gewicht zu legen, daß die Urkunden, auf denen die Besitztitel und Privilegien des Veräußerers beruhten, durch Brand untergegangen waren; die durch die Gnade des Herrn bewirkte „Amortisirung" derselben war somit für die Möglichkeit eines sicheren Kaufsabschlusses wesentliche Vorbedingung.

[2]) Beispiele bietet Kemble, I, S. 181—2.

tiger Herren deren Gültigkeit zu sichern: höchstens ließe sich annehmen, daß in Bezug auf derartige Vergabungen, aber freilich nicht bloß der Gefolgsleute, sondern aller Volksangehörigen, etwas Aehnliches galt wie in so vielen Stadtrechten unsers Mittelalters, welche zu „Geschäften" die Genehmigung des Rathes erfordern. Endlich erlaubt auch der Umstand, daß aus dem Nachlasse des Gefolgsmannes an dessen Herrn eine heregeatu, d. h. ein Heergeräthe, zu entrichten war, keineswegs einen Schluß auf dessen Unfähigkeit zum Besitze von Vermögen; Pferd und Waffen, die der Mann ursprünglich vom Herrn erhalten hatte, müssen an diesen zurückgegeben werden, wie das Gleiche nach anderen Rechten auch für den Fall des einseitigen Rücktrittes des Mannes aus dem Dienste bestimmt war, [1]) auf dessen übrigen und anderweitig erworbenen Besitz läßt sich aber hieraus nicht das mindeste schließen. Umgekehrt ergibt sich die Freiheit des gesidh und dessen Fähigkeit Vermögen zu besitzen schon daraus, daß bereits die ältesten Gesetze von Strafzahlungen sprechen, welche derselbe zu entrichten hat, oder welche umgekehrt an ihn oder seine Verwandtschaft entrichtet werden, während die Verletzung des Unfreien nur seinem Herrn gebüßt wird, und für dessen Vergehen, soweit es zu Zahlungen kommt, nur dieser haftet. So ist denn auch schon in sehr alten Gesetzen von einem gesidhcundman landhäbbende oder landagende die Rede, [2]) und die Urkunden wissen schon in früher Zeit von Verleihungen von bocland an Gefolgsleute zu sprechen; freie sowohl als unfreie Hausdiener können diese unter sich haben, und in Rechtssachen vertreten, [3]) was denn doch auch wieder den Besitz der Rechtsfähigkeit voraussetzt. Wir haben keinen Grund anzunehmen, daß zu irgend einer Zeit ein anderes gegolten hätte. War aber der gesidh ein freier Mann, so finden wir auch nicht den mindesten Grund anzunehmen, daß er als solcher, d. h. den Besitz der allgemein gültigen Vorbedingungen vorausgesetzt, von der Theilnahme an den politischen Rechten ausgeschlossen gewesen wäre; die Vorschriften über die in seinen Rechtssachen zu schwörenden Eide, welche seine Vertheidigung

---

[1]) Edict. Rothar. c. 177 und 225.

[2]) Z. B. In. §. 45 und 51.

[3]) In. §. 50.

vor Gericht zum Theil sogar erleichtern, [1]) zeigen deutlich, daß er wenigstens in eigener Sache vor den Staatsgerichten erschien, und zur Heerfolge ist er sogar in noch höherem Maße als der Gemeinfreie verpflichtet; sein Ausbleiben beim Heeresaufgebot wird strenger gebüßt als das des ceorl, [2]) und er scheint, wie der nordische hirdhmadhr, zu besserer Bewaffnung als dieser verpflichtet gewesen zu seyn. [3]) In der That ist auch in Norwegen die Beschränkung des Zutritts der höhern Dienstleute des Königs zu den Gerichten offenbar nur aus der eifersüchtigen Sorgfalt für die Wahrung der Unabhängigkeit der Gerichte hervorgegangen; bei den Angelsachsen findet sich aber selbst von dergleichen keine Spur. — In der That widerspricht, ganz abgesehen von solchen einzelnen Nachweisen, schon die ganze Anlage des Institutes der Annahme, daß die Gefolgsleute unfrei gewesen seyen. Wir haben schon früher erörtert, wie in der einfachsten Haushaltung neben unfreien auch freie Hausdiener vorkommen konnten; der Gefolgsdienst vollends hat, wie schon Tacitus versichert, selbst für die Sprößlinge der edelsten Häuser nichts erniedrigendes: „wer seines Genossen Mann wird, kränkt damit sein Landrecht nicht." Das Verhältniß des Herrn zu seinen Leuten ist keineswegs ein drückendes; es beruht ganz wie der Familienverband auf einer innigen Gemeinschaft des Lebens, auf der lebendigsten gegenseitigen Zuneigung und Anhänglichkeit. Die gesidhas sind freie Genossen, nicht unfreie Diener ihres Herrn; die Dienste, die sie an seinem Hofe verrichten, sind, wenn auch der niedrigsten Art, doch keine andern, als welche bei der alten Einfalt der Sitten selbst im vornehmsten Hause der Hausvater selbst oder dessen Kinder auch wohl selbst verrichten. Eben weil auf gegenseitige Achtung und Zuneigung gegründet, galt der Dienst im Gefolge eines berühmten Herrn als eine Ehre für den Dienstmann, und galt umgekehrt der Anschluß ausgezeichneter Gefolgsleute auch für den Herrn als eine Auszeichnung; nur aus jener auf der vollsten Gegenseitigkeit beruhenden sittlichen Grundlage erklärt sich aber auch die begeisterte Anhänglichkeit der Gefolgsleute an ihren Herrn, die mit einer gedrückten und unfreien Stellung derselben absolut unvereinbar

---

[1]) Z. B. Wihtr. §. 20; In. §. 19, 51 u. dgl.
[2]) In. §. 51.
[3]) Werg. §. 10.

wäre. Eine schlagende Bestätigung des Bisherigen glauben wir endlich aus den Berichten zumal der nordischen Quellen über die Art, wie ein Gefolge sich bildete, schöpfen zu können. Sehr häufig sind es junge Leute aus den angesehensten Familien, welche in die hirdh des Königs oder anderer vornehmer Herrn eintreten; sie beabsichtigen dabei die Welt kennen zu lernen und Erfahrungen zu sammeln, in höfischer Sitte und ritterlichen Uebungen sich auszubilden, dann auch durch Kriegsthaten oder Geltendmachung anderer Vorzüge (z. B. der Dichtkunst) sich Ruhm und Ehre zu erwerben. In späteren Jahren, wenn ihnen „die Heerfahrt leid wird," ziehen sie sich dann, durch reiche Gaben ihres bisherigen Herrn geehrt, in die Heimath zurück, und übernehmen den väterlichen Hof, womit die Heirath eo ipso verbunden ist; das durch den Dienst angeknüpfte freundliche Verhältniß zum Herrn bleibt dabei bestehen, und wird gelegentlich auch wohl durch gegenseitige Geschenke wieder aufgefrischt, — gegenseitige Dienste werden mit Bezug auf die frühere Verbindung noch immer ohne weiters gefordert und geleistet. In anderen Fällen sind es bedürftige Leute, die im Herrendienste ihr materielles Fortkommen suchen, oder Männer, die, um sich vor der Rache wegen irgend welcher Gewaltthat zu sichern, eines Mächtigen Schutz gewinnen wollen; solche Leute dienen dann auch wohl Zeitlebens, wenn nicht etwa reiche Geschenke ihres Herrn ihnen mit der Zeit die selbständige Niederlassung gestatten, oder eine durch ihn vermittelte Sühne die Rückkehr in die Heimath gefahrlos macht. Zuweilen sehen wir auch wohl Männer gestandenen Alters ungedrängt und aus bloßer Lust am Abenteuern und am höfischen Leben, oder auch aus besonderer Anhänglichkeit an den einmal liebgewonnenen Herrn in die hirdh eintreten oder in ihr verbleiben; dergleichen ist indessen, solange der Hofdienst seine eigentliche Bedeutung sich erhalten hat und noch nicht zu einem bloßen Ehrenamt und Titel geworden ist, begreiflich die Ausnahme. So kann demnach das Verhältniß jeden Augenblick frei gelöst werden, und ist dasselbe in der Regel von Anfang an nicht auf die Dauer geknüpft; als schmachvoll erschien es nur, im Augenblick der Gefahr dem Herrn aufzusagen,[1])

---

[1]) Darum hält der isländische Dichter Gunnlaugr Ormstunga bei seinem Dienstherrn, dem angelsächsischen König Edelred, als diesem

und auch sonst erforderte der Anstand und die Achtung vor dem Herrn, daß man ihn förmlich um Urlaub bat, wenn man seinen Dienst verlassen wollte. Einseitiger Austritt galt als Beleidigung des Herrn, während der mit Urlaub abgehende Mann nicht unbeschenkt entlassen, und fortwährend als Freund betrachtet zu werden pflegte. Wir dürfen aber aus dieser großen Beweglichkeit des ganzen Verhältnisses mit Sicherheit entnehmen, daß der Gefolgsdienst im entferntesten nicht die Unfreiheit nach sich zog, und wir ersehen zugleich, daß, wenn ansässige Leute nur ausnahmsweise in demselben zu treffen sind, dieß nicht etwa daher kommt, daß der Gefolgsmann des Grundeigenthums unfähig gewesen wäre, sondern lediglich daher, daß der ansässige Mann in fremden Dienst zu treten zumeist verschmähte, und der eigene Haushalt mit dem Leben am Hof des Herrn auch wohl thatsächlich sich nicht gut vereinigen ließ. [1])

Das Bisherige wird eine Frage dem Leser nahe gelegt haben, welche merkwürdiger Weise noch niemals in dieser Schärfe aufgeworfen worden ist, die Frage nämlich: wodurch sich denn die Lage des gesidh oder Gefolgsmannes von der des einfachen folgere, d. h. des freien Hausdieners eines beliebigen Privatherrn, unterscheide? [2]) Offenbar liegt der Unterschied nicht in der

---

ein dänischer Heerzug droht, selbst auf die Gefahr hin aus, daß er darüber seine Braut verliere, die bis zu gesetzter Frist daheim auf ihn wartete; Gunnlaugs Saga Ormstungu, c. 10.

[1]) Vielfach hat der Gefolgsdienst eben wegen der großen Beweglichkeit des Ein- und Austrittes geradezu Aehnlichkeit mit dem späteren eislaufen deutscher Lanzknechte oder schweizerischer Söldner. Die Lust am Abenteuern trieb oft genug aus dem Dienste eines Herrn in den des andern, und nur so lange das Verhältniß bestand, mußte die Treue gehalten werden. Si civitas, in qua orti sunt, longa pace et otio torpeat, plerique nobilium adolescentium petunt ultro eas nationes, quae tum bellum aliquod gerunt!

[2]) Nur bei P. Roth, Geschichte des Beneficialwesens, S. 154—6, findet sich die Frage, aber freilich von völlig anderem Standpunkt aus, erledigt; nach ihm findet sich bei Privaten nur eine unfreie Hausdienerschaft, und diese nimmt hier genau dieselbe Stellung ein, welche die Gefolgschaft am Hofe der principes. Für die nordischen und angelsächsischen Rechte wenigstens ist aber das Vorkommen freier Hausdiener in Privathäusern von der ältesten Zeit an nachzuweisen; schon die Gesetze Edelbirts wissen vom hlafäta des ceorl zu reden.

Art der Verpflichtung, die von diesem und jenem eingegangen wird; diese war vielmehr hier wie dort ohne alle Beschränkung auf Treue in allen und jeden Dingen gerichtet, neben welcher dann freilich der cyninges thegn seine sundernote on cynges healle, [1]) d. h. sein bestimmtes einzelnes Hofamt haben mochte, ganz wie auch im Hause eines größeren Bauern eine ähnliche Vertheilung der Geschäfte vorkommen konnte, ohne daß dadurch doch die Allgemeinheit der Verpflichtung irgend wie beeinträchtigt würde. Ebensowenig kann in der ältesten Zeit die Art der Dienste, die man von den gesidhas und von den folgeras zu fordern pflegte, einen Unterschied machen; schon dem Namen nach ist der angelsächsische horsthegn oder steallere, der fränkische mariscalcus, langobardische marpahis, norwegische stallari, nichts anderes als ein Pferde- oder Stallknecht, der fränkische siniscalcus lediglich ein Alt- oder Großknecht, der angelsächsische burthegn, der camerarius oder cubicularius, ein Kammer- oder Hausknecht [2]) u. dgl., und nur der größere Umfang einer vornehmeren Hofhaltung bringt es mit sich, daß einerseits die hier wie sonst vorkommenden Bedienstungen am Herrenhofe allmählich zu höherer Bedeutung sich hinaufschrauben, und daß andererseits auch wohl einzelne Hofämter hier entstehen, denen ein Analogon in den geringeren Haushaltungen fehlt (z. B. das Amt des capellanus, des thesaurarius oder hordere u. dgl.). Endlich auch die häusliche Gemeinschaft mit dem Herrn, das Leben in dessen nächster Umgebung ist an sich dem gewöhnlichen Dienstboten ebenso wesentlich wie dem Gefolgsmann, und wenn man etwa bei dem letzteren die Richtung auf den kriegerischen Dienst besonders hervorheben möchte, so ist auch hiegegen zu bemerken, daß, worüber die nordischen Sagen nicht den mindesten Zweifel lassen, zum Durchfechten einer Fehde, zum Ueberfallen eines Gegners oder zur Abwehr eines feindlichen Ueberfalles der geringste Bauer seine Dienstleute völlig ebenso aufbietet und waffnet, wie nur der mächtigste König seine Gefolgsleute, und daß andererseits auch die Gefolgschaft nicht nur

---

[1]) Ranks, §. 2.

[2]) Eine erschöpfende Aufzählung der verschiedenen Hofämter bei den Angelsachsen gehört natürlich nicht hieher; vgl. über sie Kemble II, S. 104—25.

in bello praesidium, sondern auch in pace decus war, und den Hofskalden, später auch den Hofcaplan ebensogut in sich begriff als die tüchtigsten Kriegsleute. Merkwürdig ist aber, daß auch die Sprache zwischen den folgeras und gesidhas ursprünglich nicht geschieden zu haben scheint; gesidh, gasindius, Gesinde bezeichnet je nach Verschiedenheit des Ortes und der Zeit bald die ritterliche Gefolgschaft, bald die geringere Hausdienerschaft, bald auch beide neben einander, — in Norwegen heißt der oberste Gefolgsmann die längste Zeit hindurch ebensogut huskarl wie der geringste Knecht des geringsten Bauern, und erst später wird den königlichen Gefolgsleuten diese Benennung zu gemein, und nehmen sie den Namen hirdhmenn, Hofleute, an, während jener Name den geringeren Dienstleuten und selbst der Gefolgschaft anderer Herren als des Königs verbleibt.[1]) Nach allem dem kann wohl keinem Zweifel unterliegen, daß die sogenannte Gefolgschaft ursprünglich völlig identisch ist mit der freien Hausdienerschaft überhaupt, und daß deren Stellung im Wesentlichen dieselbe bleibt, welchem Herrn sie auch dient; aber freilich kann diese Gleichheit nur auf so lange vorhalten, als zwischen der Hofhaltung eines Königs und der Haushaltung des nächsten besten Bauern noch kein wesentlicher Unterschied besteht. Den norwegischen König Sigurdhr Syr sehen wir noch zu Anfang des eilften Jahrhunderts seine Güter selbst bewirthschaften, in einfacher Kleidung aufs Feld hinausgehen, um seine Leute beim Kornschneiden und Einführen zu beaufsichtigen; erhält er inzwischen vornehmen Besuch, so schickt ihm wohl die Königin bessere Gewandung auf den Acker hinaus, damit er hier Toilette mache, ehe er die Gäste zu empfangen heimkehre.[2]) Derselbe König verlangt einmal, weil sonst gerade niemand Zeit hat, von seinem Stiefsohn, dem heiligen Olaf, daß er ihm in eigener Person sein Pferd sattle.[3]) Den König Frotho gehen einmal seine Gefolgsleute dringend an, er möge heirathen, damit jemand da wäre, der dafür sorge, daß ihnen ihre alten Kleider geflickt,

---

[1]) Vgl. Magnus Lagabätir, Hirdhskra, §. 27.

[2]) Olafs S. hins helga, c. 46—7. (Fornm. S. IV, 75—7.)

[3]) Ebenda, c. 20, S. 35; Prinz Olaf freilich, der sich schon weit vornehmer dünkt, ärgert sich gewaltig über diese altväterische Zumuthung, und sattelt seinem Stiefvater — einen Bock!

und neue gemacht würden. [1]) Man sieht, bei so bäuerlichem Aussehen des Königthums selbst hat eine ebenso häusliche Gestalt der Dienerschaft nichts anstößiges; [2]) allerdings mochte auch jetzt schon der Hausdienst des Königs oder anderer vornehmer Herren vorzugsweise gesucht seyn, weil solche Männer ihre Diener besser halten, reichlicher belohnen, kräftiger schützen konnten als andere, und weil die Aufnahme in ihre Umgebung als ehrenvoller galt als die in das Haus eines geringeren Mannes, — sonst aber bestand zwischen dem Gesinde des geringsten und des vornehmsten Herrn noch keinerlei wesentlicher Unterschied. Ein solcher entsteht nun aber nothwendig in dem Augenblick, in welchem die vornehmeren Herren anfangen von dem persönlichen Betriebe ihrer Haus- und Wirthschaftsgeschäfte sich zurückzuziehen, und sich ausschließlich dem Staatsleben, dem Kriegswesen und den Künsten höherer Bildung und feinerer Sitte hinzugeben. Von jetzt an kann derjenige, der die niederen Geschäfte des Hauswesens besorgt, nicht mehr Genosse des vornehm gewordenen Herrn seyn; er bleibt zwar nach wie vor in dessen Haus, bildet aber nicht mehr dessen ebenbürtige Umgebung, und speist nicht mehr an seinem Tisch. Auch jetzt noch bedarf aber der Herr zu den höheren Geschäften, denen er nunmehr obliegt, zur oberen Leitung und Beaufsichtigung der verschiedenen von geringeren Dienern betriebenen Hausgeschäfte, zum kriegerischen Dienst um seine Person, endlich auch wohl zur Erhöhung des äußeren Glanzes seiner Erscheinung einer ebenbürtigen Umgebung; eine höhere Classe von Dienern wird ihm nöthig, die seiner eigenen höheren Stellung entsprechend feiner gebildet seyn müssen, und welche nach wie vor als Genossen ihres Herrn erscheinen. Es ergibt sich demnach nunmehr innerhalb der Hausdienerschaft eines vornehmeren Herrn eine Spaltung, von welcher die geringeren Haushaltungen nichts wissen; die

---

[1]) Saxo Grammat. V, S. 184.

[2]) Man hat wohl überhaupt zu wenig darauf geachtet, wie die Kleinheit der ältesten deutschen Reiche auch an die Verhältnisse ihrer Könige einen kleineren Maßstab anzulegen nöthigt; ein König der Angelsachsen mochte ein ganz ansehnlicher Herr seyn, ein König dagegen der Lindisfaran, der East- oder Westcentingas u. dgl. war sicherlich wenig mehr als ein großer Bauer!

untere Classe der Hausdienerschaft, welche ihrer Verwendung nach den Dienstboten jedes gewöhnlichen Bauern gleichsteht, scheidet aus der näheren Umgebung ihres Herrn aus, die höhere Classe, welche fortan allein die Umgebung des Herrn bildet und von dieser Seite her den Hausdienern des Gemeinfreien entspricht, wird dagegen fortan zu anderen Diensten verwendet, und führt demgemäß auch eine völlig verschiedene Lebensweise. Auch jetzt noch ist die Verpflichtung beider Arten von Hausbediensteten wesentlich dieselbe, und im Nothfalle müssen auch die höheren Dienstleute noch niedrige Dienste verrichten, wie etwa der Herr selbst, wenn Noth an Mann geht, auch seinerseits noch in eigener Person mit angreift; aber der freundliche persönliche Verkehr mit dem Herrn ist nunmehr auf diesen engeren Kreis beschränkt, die regelmäßige Beschäftigung und Lebensweise beider Classen ist eine verschiedene geworden, und demgemäß sind es fortan auch verschiedene Kategorien von Leuten, welche in der einen und anderen Weise in Dienst treten. Sehr belehrend ist in Bezug auf diese Spaltung der Hausdienerschaft in verschiedenen Classen, was der Königsspiegel über die Dienstleute des norwegischen Königs berichtet. [1]) Alle Leute, welche dem König dienstpflichtig (handgengnir) werden, sind und heißen seine huskarlar; alle stehen in seinem Schutze, und zieht derselbe darum für ihre Tödtung eine besondere Buße. Unter ihnen findet sich aber eine Classe von Leuten, welche zwar ständig am Königshofe bedienstet sind, aber nicht mit des Königs Hofleuten (hirdh) zu Tisch gehen; sie verrichten dieselben Arbeiten, wie solche auch auf allen Bauernhöfen zu thun sind. Eine zweite, schon höher stehende Classe bilden die Gäste (gestir); sie verrichten den auswärtigen Dienst des Königs, werden von ihm zur Verfolgung seiner Feinde ausgesandt u. dgl., aber auch sie, obwohl dem Könige bereits näher stehend, bilden noch nicht seine eigentliche Umgebung; seine Hauptwache beziehen

---

[1]) Konungsskuggsja, c. 25—9; wozu zu vergleichen Olafs S. hins helga, c. 58 und S. af Magnusi ok Olafi Haraldssonum, c. 4 (Fornm. S. IV, 108, und VI, 442—3), sowie Fagrskinna, §. 220. Wir berufen uns absichtlich lieber auf diese älteren und ächter nordischen Angaben als auf die Hirdhskra des König Magnus Lagabätir, die bereits in höherem Maße durch den Einfluß deutschen Hoflebens getrübt ist.

sie nicht, und nur an den höchsten Feiertagen essen sie an seinem Tisch. Ueber beiden Classen endlich stehen die hirdhmenn, d. h. Hofleute, die freilich auch den Namen der huskarlar tragen; sie bilden ausschließlich des Königs regelmäßige Umgebung, und nur von ihnen allein kann man darum die feinere höfische Sitte lernen. So kommt demnach der Unterschied zwischen den Gefolgsleuten und den einfachen Hausdienern genau in derselben Zeit und Art auf, wie der Unterschied zwischen einer Hofhaltung und einer Haushaltung; dem thatsächlich entstandenen Unterschied beider Classen folgt auch ein Unterschied nach in den für beide üblichen Bezeichnungen.

Das Obige vorausgesetzt, wird uns die Beantwortung der bis in die neueste Zeit so viel bestrittenen Frage wesentlich erleichtert seyn, ob nämlich das Recht ein Gefolge zu halten allen und jeden Freien zugestanden habe, oder aber dem Könige und einer herrschenden Aristokratie ausschließlich vorbehalten gewesen sey. Wie in Bezug auf die Rechte des deutschen Festlandes, so hat sich auch hinsichtlich des angelsächsischen Rechts die Literatur für die letztere Alternative entschieden; so Phillips,[1]) welcher das Halten eines Gefolges nur dem Adel gestattet glaubt, so aber auch, um weniger prägnanter Aeußerungen anderer nicht zu gedenken, neuerdings wieder Kemble, der dieses Recht wiederholt als a very jewel in the crown bezeichnet,[2]) und außer den principes und späteren Königen nur deren eigenen Gefolgsleuten in der Art zuerkennen will, daß deren Dienstleute zugleich auch in höherer Instanz in des Königs Pflicht gestanden hätten.[3]) Uns scheint weder für das angelsächsische Recht insbesondere, noch auch für die germanischen Staaten im allgemeinen die Annahme einer solchen Beschränkung als einer rechtlichen und nicht bloß thatsächlichen gerechtfertigt. Halten wir daran fest, daß ursprünglich ein Unterschied zwischen den Gefolgsleuten und der sonstigen freien Hausdienerschaft überhaupt nicht vorlag, daß ferner der Gemeinfreie ebensogut wie der vornehmste Herr freie Hausdiener haben konnte, so ist klar, daß für die älteste Zeit von einem ausschließlichen Recht irgend einer Classe auf das Halten einer Gefolgschaft keine

[1]) S. 119 und 154.
[2]) I, S. 155, 162.
[3]) S. 174—5.

Rede seyn kann. Aber auch in der späteren Zeit, da sich die sociale Scheidung der Gefolgsleute von der sonstigen Hausdienerschaft bereits ausgebildet hatte, konnte sich eine solche Beschränkung, eben weil die Trennung beider Classen eine allmähliche und zunächst nur sociale war, wenn überhaupt, so doch jedenfalls nur langsam und unter besonderen Umständen zu einer formell rechtlichen ausbilden. Ohne positive Quellenbelege dürfen wir demnach eine solche nicht annehmen, in keinem Fall dieselbe als etwas Ursprüngliches, als einen Fundamentalsatz der germanischen Urverfassung ansehen, [1]) endlich eben darum nur sehr behutsam von dem Rechte des einen Volkes auf das eines andern hinüberschließen. Auf die vielbesprochene Deutung der einschlägigen Stellen des Tacitus glauben wir hier um so weniger eingehen zu sollen, als man wohl ziemlich allgemein zugeben wird, daß dieselbe im Wesentlichen immerdar von den aus anderen Quellen geschöpften Ueberzeugungen des einzelnen Auslegers abhängig seyn werde. Es mag die Bemerkung genügen, daß auch der neueste und gründlichste Vertheidiger der Ansicht, welche in denselben die Beschränkung des Rechts ein Gefolge zu halten auf einen bestimmten engeren Kreis von Personen ausgesprochen findet, [2]) uns weder von deren Richtigkeit, noch auch nur davon überzeugt hat, daß zur Zeit des Tacitus der Gegensatz einer Gefolgschaft und einer geringeren Hausdienerschaft als ein socialer bereits ausgeprägt war. In den speciell angelsächsischen Quellen dagegen wird von der ältesten Zeit an so häufig von thegnas und gesidhas von Privatleuten gesprochen, [3]) daß wenigstens davon keine Rede

[1]) Wie dieß neuerdings wieder von Waitz in seinem sonst vielfach mit unserer Darstellung übereinstimmenden Aufsatz: Zur deutschen Verfassungsgeschichte (Allgemeine Monatsschrift für Wissenschaft und Literatur, Jahrg. 1854), S. 274, geschehen ist.

[2]) Roth, ang. O. S. 17 und folg. Die Unstichhaltigkeit der hier gegen die obige Ansicht geltend gemachten inneren Gründe ließe sich übrigens durch das reiche Material leicht erweisen, welches die norwegischen und isländischen Quellen für die Schilderung völlig analoger Verfassungszustände bieten.

[3]) Selbst die Gesetze nehmen auf das Vorkommen von Privatgefolgschaften gelegentlich Rücksicht; z. B. Wihtr. §. 5; In. §. 50; Ranks, §. 3 u. dgl.

seyn kann, daß das Halten von solchen ein ausschließliches Recht des Königs gewesen sey. Nichts läßt uns dabei darauf schließen daß gerade nur Gefolgsleute des Königs selbst wieder Gefolgsleute haben konnten, und wir müssen daher wohl annehmen, daß jeder Freie sich beliebig ein Gefolge sammeln durfte, ganz wie im Frankenreiche noch im 9ten Jahrhundert jedermann Vasallen haben durfte.[1] Uebrigens hat die ganze Frage, wenn man nur aus deren gegentheiliger Beantwortung keine Consequenzen für die älteste Zeit ziehen will, für das angelsächsische wie überhaupt für das germanische Recht wenig Bedeutung, weil thatsächlich eine Gefolgschaft im Gegensatz zur bloßen Hausdienerschaft immer nur von den vornehmeren Leuten gehalten werden konnte, die ihrerseits wieder schon früh als Beamte oder, wenn auch nur titulirte, Gefolgsleute im Dienst des Königs zu stehen pflegten.

Kemble, dessen Darstellung wir im Bisherigen wesentlich gefolgt sind, bleibt nun bei der in ihren Hauptzügen mitgetheilten Schilderung der Gefolgschaft stehen; die gehörige Würdigung der übrigen Literatur und namentlich die Erörterung des Einflusses der Gefolgschaft auf die Standesverhältnisse erfordert aber noch ein kurzes Eingehen auf die spätere Geschichte der thegnas und gesidhas.[2] Schon früh wird aber der Ausdruck gesidh, oder wie ihn die älteren lateinischen Quellen übertragen, comes, in verschiedener Bedeutung gebraucht. Zuweilen steht derselbe für alle Dienstleute, vom vornehmsten Unterkönig bis herab zum geringsten Gefolgsmann. In diesem Sinn sind demnach auch die

[1]) Vgl. Roth, S. 381. Von einer Beschränkung des Rechtes auf eine bestimmte Zahl von Gefolgsleuten, wie solche in Norwegen in des Königs Magnus Hirdhskra und schon vordem in einem älteren Gesetzbuch (Sverris S. c. 117) gesetzt war, finde ich in England ebensowenig eine Spur, als umgekehrt von der den Bezirksbeamten durch Harald Harfagr auferlegten Verpflichtung, eine bestimmte Zahl von Gefolgsleuten zu seinem Dienst zu halten.

[2]) Wir haben im Wesentlichen dieselben Ansichten, wie sie oben dargelegt werden, bereits in einer früheren Abhandlung: Ueber das Wesen des ältesten Adels der deutschen Stämme, München 1846, entwickelt, und beziehen uns demnach hinsichtlich der Begründung derselben im Einzelnen auf diese.

thegnas unter den gesidhas mitbegriffen, und es können sich darum gesidh und ceorl als erschöpfender Gegensatz gegenübertreten.[1]) Andremale wird dagegen zwischen gesidh und thegn unterschieden, und es erscheint dabei der letztere als der vornehmere, obwohl auch der erstere noch über dem ceorl steht;[2]) der Unterschied zwischen beiden Classen der Gefolgsleute lag aber ursprünglich wohl darin begründet, daß der thegn sein besonderes Amt am Herrenhof, seine sundernote on cyninges healle hatte, während der gesidh lediglich auf seine allgemeine Dienstpflicht beschränkt war — die lateinischen Quellen geben dem entsprechend nur den ersteren Ausdruck durch minister. Schon frühzeitig erleidet dabei der Ausdruck gesidh noch eine weitere Ausdehnung; derselbe wird nämlich auch für Leute gebraucht, die gar nicht mehr am Hof des Herrn leben, in dessen Dienst sie stehen, sey es nun daß es sich dabei um Unterkönige und Bezirksbeamte handle, oder um Leute geringeren Schlags, die auf ihren eigenen Gütern leben.[3]) Auch hierfür bietet uns der norwegische Königsspiegel wieder eine interessante Parallele. Seitdem der Name der Gefolgsleute zu einem ehrenvollen, ihre Stellung zu einer in mehrfacher Beziehung vortheilhaften geworden ist, wird die Aufnahme in den Gefolgsverband des Königs auch von solchen Leuten gesucht, die doch an seinem Hof nicht leben können oder wollen, und zumal auch das Recht des Gefolgsmannes von solchen beibehalten, die doch aus dem Hofdienst selbst ausscheiden. Auch solche Leute übernehmen die Verpflichtung zu Dienst und Treue, auch sie führen den Titel der huskarlar und nehmen an des Königs Schutz Antheil, sie sind aber nicht bordhfastir, d. h. tischberechtigt an seinem Hofe, und nicht seine hirdhmenn.[4]) Im Zusammenhang damit, daß die gesidhas nur eine geringere Classe des Gefolges bilden, daß

---

[1]) Z. B. Wihtr. §. 5; In. §. 30, 54 u. s. w.

[2]) In. §. 45.

[3]) So schon im Beowulf, im Wandererlied u. s. w.

[4]) Es verhielt sich eben mit der Aufnahme solcher Leute in den Gefolgsverband ähnlich, wie neuerdings mit der Verleihung des Kammerherrnschlüssels an Leute, die des Königs Kammer mit keinem Fuß betreten haben; nur ließ in der älteren Zeit auch die Verleihung des bloßen Titels wenigstens eine allgemeine Dienstpflicht entstehen.

sie kein specielles Hofamt haben, endlich daß an ihrem Titel auch Leute Antheil haben, die zum Gefolge im eigentlichen Sinn gar nicht gehören, scheint aber zu stehen, daß dieselben von ihrem früheren Range allmählich herabsinken, und schließlich sich völlig unter den ceorlas verlieren. Schon in den Gesetzen König Ines erscheinen die gesidhas nur noch als Leute, welche von ihrem Herrn länland zu erhalten pflegen, und in dessen Besitz durch das Landrecht einigermaßen geschützt werden, [1]) dagegen aber zum Kriegsdienst besonders verpflichtet sind, und darum für das Wegbleiben von der Heerfahrt schwerer als die ceorlas zu büßen haben; [2]) von ihrem Herrn wird dabei in einer Weise gesprochen, die deutlich zeigt, daß dieser nicht nothwendig der König zu seyn brauchte. [3]) In der Buße stehen sie zwischen dem ceorl und dem thegn in der Mitte, [4]) und sind wohl auch im Wergeld bevorzugt; [5]) es erklärt sich diese Bevorzugung, die nicht auf dem Königsschutz beruhen kann, wohl eben aus ihrer besonderen Kriegspflicht: davon daß wie bei den Franken der dem Privatherrn geschworene Fidelitätseid das Dienstversprechen an den König jederzeit von selbst in sich faßte, zeigt wenigstens die uns erhaltene Formel für den Huldigungseid keine Spur. Seit dem Ende des 9ten Jahrhunderts verschwindet der Ausdruck gesidh aus den Gesetzen, seit König Ines Gesetzen findet sich derselbe nur noch in einem einzigen Gesetzesbruchstücke, das man dem Anfang des 10ten Jahrhunderts zuzuweisen pflegt, [6]) und in diesem steht der gesidh, obwohl noch immer durch kriegerischen Dienst mit besserer Bewaffnung ausgezeichnet, doch bereits auf derselben Stufe mit dem ceorl. Doch wird, wie es scheint, für die bisher als gesidhas bezeichneten Leute nunmehr ein anderer, sprachlich völlig gleichbedeutender Name geltend, den man freilich ganz anders zu deuten pflegt, der Name *geneat*, d. h. Genosse. Bereits in König Ines' Gesetzen ist von einem cyninges geneat die Rede, dessen Wer 1200 Schil-

[1]) In. §. 63—8.
[2]) Ebenda §. 51.
[3]) Wihtr. §. 5; In. §. 50.
[4]) In. §. 45.
[5]) Ebenda §. 30 und 54.
[6]) Werg. §. 9—12.

linge betragen, und der also thegn seyn kann oder nicht;[1]) ebenda wird von ihm gesprochen als von einem abhängigen Mann, für dessen Diebstahl der Herr haften muß, wenn jener flüchtig geht.[2]) Spätere Gesetze reden von dem geneat als von einem Mann, der einem Herrn gafol, d. h. Zins schuldig ist, und bei nicht rechtzeitiger Entrichtung desselben in Strafe genommen werden mag;[3]) sie stellen das geneatland dem inland des Herrn in einer Weise gegenüber, die zeigt, daß dasselbe ein ausgeliehenes ist.[4]) Die Rectitudines geben die Dienste an, welche der geneat in der Regel zu leisten hat; wir heben unter diesen hervor, daß ihm hiernach die heafodweard und horsweard, d. h. die Hauptwache und Roßwache obliegt, und daß er im Dienst seines Herrn zu reiten hat. Eine undatirte, jedenfalls aber der Mitte des 11ten Jahrhunderts zugehörige Urkunde spricht von den sodales eines Herrn, und setzt sie dessen homines, qui terras non habent, entgegen;[5]) eine andere von 956 zählt die von den geneatas eines bestimmten Ortes zu leistenden Dienste auf, und erwähnt unter diesen wiederum das Reiten;[6]) eine Urkunde von 896 erzählt, wie der geneat eines Herrn in dessen Auftrag die Gränzen eines streitig gewordenen Landes bereitet;[7]) endlich eine Urkunde aus der zweiten Hälfte des 10ten Jahrhunderts spricht von der equitandi lex, quae ad equites pertinet, in Bezug auf eine Classe abhängiger Leute eines Bischofs,[8]) und hat damit wohl auch wieder dessen geneatas im Sinn. Hiernach scheint der Ausdruck geneat, ganz ebenso wie gesidh, ursprünglich theils als gemeinsame Bezeichnung aller und jeder Hofleute, theils als besonderer Titel einer geringeren Classe derselben gegolten zu haben, und von hier aus auf Leute übergegangen zu seyn, die gar nicht mehr am

---

[1]) In. §. 19; die angelsächsische Chronik, a. 897, hebt einmal unter den in einer Schlacht Gefallenen einen cyninges geneat namentlich hervor.

[2]) Ebenda, §. 22.

[3]) Eadg. Supplem. §. 1.

[4]) Eadg. I, §. 1.

[5]) Cod. dipl. num. 954.

[6]) Num. 461 (III, 450).

[7]) Num. 1073.

[8]) Num. 1287.

Hof ihres Herrn lebten; während aber noch zu Ende des 9ten Jahrhunderts der geneat oder gesidh als ein ziemlich angesehener Mann galt, scheint von da an der Werth des Titels rasch gefallen zu seyn: er bezeichnet später nur noch eine geringere Classe von Leuten, welche von einem Herrn länland erhalten gegen die Verpflichtung zu allerlei Diensten, namentlich Wacht- und Reiterdiensten, und wir glauben demnach die gesidhas in den radenihts oder rademanni der normännischen Zeit wieder erkennen zu sollen. Hiernach ist es durchaus verkehrt, wenn man den geneat als Kuhhirten, und höchstens für die spätere Zeit, und nicht einmal für diese erschöpfend richtig, wenn man denselben als einen Zins- oder Frohnbauern bezeichnet, [1]) da die Art der von ihm zu leistenden Dienste, die noch immer eine halbwegs kriegerische ist, für ihn geradezu charakteristisch zu seyn scheint; wenn Kemble denselben beiläufig neben dem esne und lät nennt, so können wir uns hiemit ebensowenig einverstanden erklären, als wenn Leo umgekehrt denselben zum Prototyp des gemeinfreien Mannes machen will. Es war wohl nur die eigenthümliche Wendung, welche die Kriegspflicht bei den Angelsachsen nahm, daran Schuld, daß die gesidhas nicht zum gleichen Ansehen gelangen oder richtiger nicht bei dem gleichen Ansehen sich behaupten konnten wie die Vasallen im Frankenreiche, deren Name ja ebenfalls von geringeren Hausdienern seinerzeit auf die Besitzer von Lehnland überging, die als solche Kriegsdienst leisteten.

Diese letztere Bemerkung führt uns von selbst auf eine wesentliche Veränderung, welche gleichzeitig mit dem Verlust ihres Ansehens, der die gesidhas betraf, in Bezug auf den Stand der thegnas sich ergab. Während die gesidhas wie es scheint um ihres Kriegsdienstes willen privilegirt waren ohne Rücksicht auf die Person des Herrn, dem sie dienten, war nur der thegn, dessen Herr der König war, einer höheren Auszeichnung theilhaftig; [2]) die thegnas geringerer Herren mochten an der Stellung der gesidhas Antheil nehmen, an den Vorzügen aber, welche dem cyninges

---

[1]) Vgl. Lye, Thorpe, Bosworth, Ettmüller, h. v.; Kemble und Bouterwek geben nur die Grundbedeutung des Wortes, ohne auf dessen rechtliche Geltung einzugehen.

[2]) Wihtr. §. 20; In. §. 45; Aelfr. und Gudhr. §. 3.

thegn das Leben in der nächsten Umgebung des Königs verlieh, sind sie nicht betheiligt. Bis gegen das Ende des 9ten Jahrhunderts haben wir keinen Grund anzunehmen, daß unter den cyninges thegnas etwas anderes zu verstehen sey als eine höhere Stufe der k. Gefolgschaft; in der angegebenen Zeit aber scheint eine durchgreifende Aenderung in der Geltung des Ausdruckes einzutreten. Von vornherein muß auffallen, daß König Aelfreds Uebersetzung des Beda nicht mehr bloß minister, sondern auch miles mit thegn oder noch prägnanter mit cyninges thegn überträgt; auch in den Urkunden werden ungefähr seit der Regierung dieses Königs beide Ausdrücke als gleichbedeutend gebraucht. Ein Bruchstück northumbrischen Rechts, das dem Anfang des 10ten Jahrhunderts anzugehören scheint, fordert als Vorbedingung für die Theilnahme am Thegenstand den Besitz von 5 Hiden Landes „für des Königs Heerdienst", und bemerkt dabei ausdrücklich, daß die Führung ritterlicher Waffen ohne jenen Landbesitz zwar zum gesidh, aber nicht zum thegn machen könne, und demgemäß auch kein höheres Wergeld als das des ceorl verleihe. [1]) Ein ungefähr gleichzeitiges Bruchstück über die Standesverhältnisse wiederholt die Forderung von 5 Hiden „eigenen" Landes für den Heerdienst des Königs, und wenn daneben noch des besonderen Dienstes in des Königs Halle gedacht wird, so dürfte hierin wohl nur eine Reminiscenz an frühere Zustände zu sehen seyn; [2]) die Stelle zeigt aber zugleich, daß ein thegn, der jenes Landmaß besaß und von demselben dem König Kriegsdienst leistete, daneben recht wohl und unbeschadet seiner Würde Gefolgsmann eines Privatherrn seyn konnte. Berücksichtigen wir nun noch die weitere Thatsache, daß noch in der ersten normännischen Zeit der Besitz von 5 Hiden Landes zur Stellung eines Ritters zum Heere des Königs verpflichtete, [3]) so ist klar, daß mindestens seit dem Anfang des 10ten

---

[1]) Werg §. 9—12, vgl. §. 5 und Lambards Text. Ich sehe nicht ein, warum Kemble, I, S. 283. die Aechtheit des Stückes beanstanden will.

[2]) Ranks, §. 2—3.

[3]) Doomsday B. Beroc. S. 56, b; nach einer anderen bei Turner, III, S. 138, Anm. 1 angeführten Quelle bilden 5 Hiden ein Ritterlehen.

Jahrhunderts der höhere Kriegsdienst mit dem Besitz von 5 Hiden Landes verknüpft, und zugleich für denjenigen, der als Besitzer eines solchen Landmaßes denselben zu leisten hatte, der Ausdruck thegn oder cyninges thegn üblich wurde; um jene Zeit also muß eine Organisation des Heerwesens erfolgt seyn, welche mit dessen Einrichtung in Dänemark [1]) und mit den Heerbannsordnungen Karls des Großen und seiner Nachfolger [2]) große Aehnlichkeit zeigt, und diese muß zu dem veränderten Gebrauch des Ausdruckes thegn die Veranlassung geboten haben. Bedenken wir nun, daß seit König Aelfred († 901) die Ausdrücke thegn und miles als identisch gelten, und daß in den von ihm überarbeiteten Gesetzen König Ines zum erstenmale, und zwar dem Zusammenhange nach offenbar erst später eingeschaltet, die Bestimmung sich findet, daß der Wälsche Besitzer von 5 Hiden als 6. hyndeman gelten solle; erinnern wir uns ferner der harten Kämpfe, welche gerade dieser König mit den Dänen zu bestehen hatte, und der mancherlei Bemühungen desselben für die Verbesserung des Kriegswesens, [3]) so dürfte es als äußerst wahrscheinlich erscheinen, daß gerade er es war, der durch die bestimmte Verknüpfung des höheren Kriegsdienstes mit dem größeren Grundbesitze die Widerstandskraft seines Volkes zu heben suchte; die Angabe späterer Chronisten, daß Aelfred ein dem späteren Doomsdaybook ähnliches Kataster über sein Reich habe aufnehmen lassen, [4]) wäre mit dieser Reorganisation des Heerwesens trefflich in Verbindung zu bringen. [5]) Es

---

[1]) Vgl. Velschow, de institutis militaribus Danorum regnante Valdemaro II, zumal S. 51 und folg. Auch die anderen nordischen Reiche zeigen ähnliche Einrichtungen.

[2]) Siehe über diese Roth, ang. O., S. 400—2. Bemerkenswerth ist, daß auch in den späteren fränkischen Gesetzen gerade der Besitz von 5 mansi für den persönlichen Dienst vorausgesetzt zu werden scheint; ein Entlehnen der fränkischen Einrichtungen seitens der Angelsachsen wäre hiernach nicht unmöglich.

[3]) Vgl. Chron. Anglos. a. 894, 897.

[4]) Vgl. hierüber Phillips, S. 65, Anm. 221, und Lappenberg, S. 335.

[5]) Genügende Aufklärung über die Beschaffenheit der eingetretenen Veränderung geben uns freilich die äußerst dürftigen Quellen nicht; wir kennen weder die frühere Heerverfassung der Angelsachsen genug-

wirft aber die Annahme einer derartigen Aenderung des Heerwesens unter König Aelfred zunächst auf den Verfall der Stellung der gesidhas ein neues Licht; die vornehmeren unter diesen mußten nämlich durch dieselbe zu thegnas werden, auch wenn sie noch fern vom Herrnhof und einem Privatherrn dienten; eben darum aber mochten die geringeren um so leichter ihr früheres Ansehen verlieren, und zu bloßen Hintersassen herabsinken, bei denen nur einzelne Dienste an die frühere kriegerische Bedeutung erinnerten. Sodann aber wird durch eben jene Neuerung die Grundlage des Thegenstandes vollkommen geändert. Mit der Gefolgschaft hat dieser von jetzt an nichts mehr zu thun, es kann ferner keinen Unterschied mehr geben zwischen den thegnas des Königs und anderer Herren, vielmehr ist nunmehr jeder Besitzer von 5 Hiden eigenen Landes als solcher cyninges thegn, mag er nun des Königs, eines Privatherrn oder niemandes Gefolgsmann seyn, und umgekehrt gibt fortan der höhere Gefolgsdienst ohne jenen Grundbesitz nicht mehr das Recht eines thegn. Damit ist bereits von selbst die Ansicht derjenigen zurückgewiesen, welche zwischen thegnas, die unmittelbar dem Könige und anderen, welche zunächst einem Privatherrn gedient hätten, zwischen höheren und geringeren thegnas unterscheiden wollen; [1]) seit der Thegenstand lediglich auf

---

sam, noch erfahren wir, ob den geringeren Leuten die Kriegspflicht fortan völlig oder nur bis auf einen gewissen Grad abgenommen war. Ebendarum hält es auch schwer, den Zusammenhang, in welchem die neue Heerverfassung unverkennbar mit der Ausbildung der Landherrschaft und der Unterdrückung der kleineren Grundeigenthümer stand, zu genügender Klarheit zu bringen; ein solcher liegt aber wohl der Bestimmung zu Grunde, daß alle thegnas, die wissentlich ungerecht richten, ihren thegnscipe verlieren sollen, Eadg. II, §. 3; Cnut. S. §. 15, vgl. Aedhelst. IV, §. 1, oder wenn den thegnas in den verschiedenen Theilen des Landes ihr hergebrachter scipe bestätigt wird, Eadg. Suppl. §. 2.

[1]) In Aelfr. und Gudhr. §. 3 werden den cyninges thegnas nach der richtigen Lesart nicht lässa maga thegnas, sondern lässa maga menn entgegengesetzt, d. h. Leute die eben überhaupt nicht thegnas sind; in Cnut. S. §. 72 werden zwar größere und geringere Thegen unterschieden, aber nur in Bezug auf ihr Vermögen und ihre sonstige thatsächliche Stellung, nicht in Bezug auf den Stand. Auf die Bestimmungen endlich der Constitutiones de foresta glauben wir gar nicht eingehen zu sollen, da wir diese für ein weit späteres Machwerk halten.

den Grundbesitz basirt ist, kann von einer Unterscheidung verschiedener Classen innerhalb desselben keine Rede mehr seyn. In einigen einzelnen Beziehungen mag sich allenfalls noch der Umstand geltend machen, daß der thegn ursprünglich ein Gefolgsmann gewesen war, und namentlich mag sich hieraus das Heergewäde erklären, das aus dessen Nachlaß auch jetzt noch zu entrichten ist; wesentlich aber ist derselbe jetzt nur noch ein größerer Grundherr, der von seinem Grundeigenthum den Heerdienst leistet, — er ist bis bocrihtes wyrdhe, [1]) und es mag ihm jetzt auch der Kaufmann, der mit eigenem Schiff dreimal die See befahren hat, [2]) ja sogar der Priester gleichgestellt werden, [3]) als welche durch Vermögen oder Bildung in eine ähnliche sociale Stellung gerückt sind. Eben weil der Grundbesitz des thegn bereits von größerem Umfang ist, mag dieser im Großen und Ganzen auch wohl mit dem landrica identisch genommen, und den ceorlas oder tunesmenn gegenübergestellt werden, [4]) wiewohl streng genommen auch jetzt noch nicht ausnahmslos feststeht, daß jeder thegn seine socn haben müsse; [5]) jedenfalls kann wenigstens niemand über den cyninges thegn eine socn haben als der König selbst. In den öffentlichen Versammlungen und bei allen öffentlichen Functionen spielen demgemäß die thegnas fortan die Hauptrolle, [6]) und an die thegnas dieser oder jener Provinz richten nunmehr die Könige und andere vornehme Herren vorzugsweise ihre Erlasse. [7]) Eben weil der Stand auf dem Grundbesitz beruht, und dieser erblich ist, kann von jetzt an auch der Thegenstand selbst als erblich be-

---

[1]) Rectitudines.

[2]) Ranks, §. 6.

[3]) Z. B. Oaths, §. 12; Werg. §. 5; Aedhelr. VI, §. 5, IX, §. 28 u. f. w. Man unterscheidet darum fortan die woruldthegnas von den ciric-, mässe-, weofodthegnas.

[4]) Z. B. Eadg. Suppl. §. 13; North. pr. L. §. 58—9; Cod. dipl. num. 732; ferner Eadm. Betr. §. 7 u. f. w.

[5]) Cnut. S. §. 72.

[6]) Z. B. Aedhelr. I, §. 1; III, §. 3—4 und 13; North. pr. L. §. 57; Cod. dipl. num. 704, 755, 788, 802, 804 u. dgl. m.

[7]) Z. B. Cod. dipl. num. 821, 642 u. f. w. Es werden auch wohl ealle scirthegnas genannt, num. 820, oder die burhthegnas einer Stadt, num. 857 u. f. w.

zeichnet werden, und allenfalls einmal der Ausdruck thegenboren im Gegensatz zu ceorlboren vorkommen, [1]) obwohl die Bezeichnung streng genommen unrichtig ist, weil durch den Erwerb des nöthigen Landbesitzes jeden Augenblick der ceorl zum thegn werden kann; selten mögen solche „Standeserhöhungen“ immerhin gewesen seyn, wie schon der einem thegen einmal gegebene Beiname Bondansunu, Bauernsohn, zeigt. [2]) Neben dieser ausgezeichneten socialen Stellung der thegnas macht sich aber deren Bevorzugung auch noch in allen denen Beziehungen geltend, in welchen sich nach deutschen Rechten die Standesverschiedenheiten überhaupt scharf ausgeprägt zu zeigen pflegen; ihr Mannwerth ist ein höherer als der der geringeren Stände, und dieß äußert sich in Bezug auf das der Blutrache gesetzte Maß, in dem Werth ihres Eides, und in den Ansätzen für Wergeld und Buße, womit dann wiederum ein gesteigertes Asylrecht zusammenhängt. In Northumberland beträgt aber das Wergeld des thegn 2000 Thrymsen oder 25 Pfund, das ist 7½mal so viel als das des ceorl, der hier auf 266⅔ Thrymsen oder 3⅓ Pfund angesetzt ist. [3]) In Merkien beträgt dasselbe 1200 merkische Schillinge oder 20 Pfund, also das sechsfache Wergeld des ceorl, der hier 200 Schilling oder ebenfalls 3⅓ Pfund erhält; [4]) hier führt der thegn darum auch den Namen 12. hyndeman. Schon hiernach müßte man vermuthen, daß auch der bei den Westsachsen so oft genannte 12. hyndeman, dessen Wergeld 1200 sächsische Schillinge oder 25 (24) Pfund, sechsmal so viel als das des ceorl oder 2. hyndeman, beträgt, ebenfalls mit dem thegn identisch sey; diese Vermuthung wird aber überdieß durch positive Quellenstellen, deren schlagendste freilich der ersten normännischen Zeit angehören, erwiesen. [5]) Wenn demnach König Knut einmal ein Schreiben an alle seine thegnas, 12 hynde and 2 hynde, richtet, [6]) so ist eben dabei nur dem

---

[1]) Oder fullboren thegn, Aedhelst: IV, §. 7.

[2]) Cod. dipl. num. 739.

[3]) Werg. §. 5—6.

[4]) Oaths, §. 13; Merc. L.

[5]) Wilh. I, §. 8; L. Henr. c. 64, §. 2; c. 70, §. 1; c. 76, §. 4.

[6]) Cod. dipl. num. 731. Es sind demnach hier allerdings die thegnas mentioned in Snorre zu verstehen, von denen Turner, III, S. 137, spricht; nur haben diese mit dem angelsächsischen Thegenstand nichts zu thun.

Dänenkönig der nordische Sprachgebrauch in die Feder gekommen, der allerdings alle freien Unterthanen als thegnas bezeichnen läßt. — Neben der veränderten Geltung des Ausdrucks für die größeren Grundbesitzer erhalten sich nun freilich auch noch Ueberreste seiner früheren Bedeutung. Nach wie vor wird thegn durch minister ebensogut übersetzt wie durch miles, es wird bei ihm noch der Besitz eines Hofamtes vorausgesetzt u. dgl. Daneben ist auch wohl jetzt noch sehr häufig von thegnas einzelner Privatherren in einer Weise die Rede, die das Wort deutlich in seiner früheren Bedeutung eines Gefolgsmannes gebraucht zeigen; selbst ein Gesetz weiß noch von thegnas zu reden, die nicht gelandod, d. h. nicht Grundbesitzer sind. [1]) Allmählich aber verliert sich diese ältere Bedeutung des Wortes, und für die Gefolgsleute sey es nun des Königs oder eines Privatherrn, kommt, wie dieß bereits Turner richtig erkannt hat, [2]) die Bezeichnung cniht auf, Neuenglisch knight; [3]) seit der Zeit der Dänenherrschaft in England findet auch wohl der nordische Titel der Gefolgsleute, huskarlar, zuweilen Anwendung. [4])

Prüfen wir nun von dem jetzt gewonnenen Standpunkt aus die uns vorliegende Literatur, so finden wir vor allem dem so wichtigen Umschwung, welcher in der Geschichte der gesidhas und thegnas mit dem Ende des 9ten Jahrhunderts eintrat, wenig Beachtung geschenkt. Wenn Kemble, was freilich bei dem Plan seines Werkes ihm nicht zum Vorwurf gemacht werden darf, seine Darstellung auf die Zeit beschränkt, in welcher die gesidhas und thegnas wirklich Gefolgsleute sind, [5]) so faßt Leo umgekehrt nur die Zeit ins Auge, da der thegn bereits zum größeren Grundbesitzer, der geneat dagegen (des Ausdruckes gesidh gedenkt er gar nicht) zum Bauern geworden ist; [6]) die Beschränkung des

---

[1]) Jud. civ. Lund. c. 11.

[2]) III, S. 73—5.

[3]) Z. B. Cod. dipl. num. 557, 612, 685, 694, 722 u. s. w.

[4]) Cod. dipl. num. 956 u. dgl. m.

[5]) Nur hätte er nicht, wie I, S. 285—6 beiläufig geschieht, im späteren 12. hyndeman den eorl, im 6. hyndeman den thegn suchen sollen.

[6]) Rectitudines, S. 166—70; vgl. S. 107, 122—4 u. s. w.

Besitzes von bocland auf den thegn und die Zuweisung des Besitzes von folcland an den geneat, die Unterscheidung von drei Classen von thegnas, deren unterste der geneat, deren mittelste der eigentliche thegn, deren oberste der hold [1]) ausmachen soll, endlich die versuchte Erklärung der Ausdrücke 6. und 12. hyndeman sind freilich Zuthaten, die auch für diese spätere Zeit keine Begründung finden. Andere stellen die Zustände der älteren und der neueren Zeit neben einander, und suchen aus den Zeugnissen über diese und jene ein Gesammtbild zu gewinnen, das dann freilich keine recht bestimmte Gestaltung annehmen will. So will Phillips [2]) in dem Ausdruck gesidhcundman eine Bezeichnung des gesammten Adels sehen, welcher dann wieder in die drei Classen der eorlas, der cyninges thegnas oder 12. hyndemenn, und der thegnas schlechtweg (medeman thegnas, lässa maga thegnas) oder 6. hyndemenn zerfallen soll; dabei sollen alle drei Classen theils auf ihre Stellung im Dienstgefolge des Königs, theils auf den Besitz von bocland sich stützen; und die Angehörigen der unteren Classen wenigstens sehr häufig im Gefolgsdienst der höheren stehen. [3]) Lingard sieht im gesidh einen Beamten des königlichen Hofstaates, im thegn dagegen einen Mann, der durch den Besitz von mindestens 5 Hiden Landes zum Kriegsdienst verpflichtet ist, dabei aber als höherer thegn unmittelbar unter dem König, oder als geringerer zunächst unter einem andern Herrn stehen kann; der höhere thegn gilt ihm dabei als 12. hyndeman, der geringere thegn und der gesidh dagegen als 6. hyndeman. [4]) Lappenberg sieht in den thegnas einen Dienstadel, der in eine höhere, un-

---

[1]) Der Ausdruck hold, der verhältnißmäßig selten und immer nur in nordenglischen Quellen vorkommt, und in der verschiedensten Weise gedeutet zu werden pflegt, scheint mit den angelsächsischen Standesverhältnissen gar nichts zu thun zu haben; es ist damit wohl nur der nordische hauldr gemeint, und die Bezeichnung immer nur auf nordische Eindringlinge zu beziehen.

[2]) S. 113—9.

[3]) Ganz willkürlich ist es, wenn der Verfasser unter die Rechte des Adels einen ausschließlichen Anspruch auf die höheren Aemter und auf die Haltung einer Gefolgschaft rechnet.

[4]) S. 406—8, 426—7.

mittelbar dem König zur Seite stehende Classe (12. hyndemenn), und in eine geringere, oft mittelbare (6. hyndemenn, früher auch gesidhas genannt) zerfällt; dabei soll aber dem thegn der Besitz von 5 Hiden Landes von Anfang an wesentlich gewesen seyn, und aus der ersten Theilung des Landes unter das Gefolge sich erklären; später sey eben, was ursprünglich nur äußerer Lohn gewesen, zur Grundlage des Standes geworden.[1]) Wegen des sie verbürgenden Grundbesitzes seyen ferner die Aemter ausschließlich den thegnas übertragen worden, während auch nur ihnen die niedere Gerichtsbarkeit zugestanden habe. Der Verfasser macht demnach wenigstens den Versuch, die doppelte Grundlage, welche er dem Thegenstand gleichzeitig zuschreiben zu sollen glaubt, zu einer inneren Einheit zu bringen; daß freilich erst vom Ende des 9ten Jahrhunderts an der Grundbesitz als Voraussetzung des Standes gilt, und selbst noch zu Anfang des 10ten Jahrhunderts einmal von thegnas die Rede ist, die nicht gelandod sind, läßt er unbeachtet. Auch Turner will den Thegenstand zugleich auf den Königsdienst und den Grundbesitz stützen, indem er neben einem Erbadel, der weder Titel, noch politischen Rang oder Einfluß gewährt habe, einen jedermann erreichbaren, auf dem Grundbesitz ruhenden Adel annimmt, und mit diesem den Vorzug der thegnas und die Unterscheidung der 2. 6. und 12. hyndemenn zusammenbringt, daneben aber auch wieder gelegentlich der mit einzelnen Aemtern verknüpften Auszeichnungen der cyninges thegnas gedenkt, und diesen zumal gerichtliche Functionen übertragen seyn läßt; auch er unterscheidet dabei zwischen höheren oder königlichen thegnas und geringeren.[2]) Eine wesentlich andere Wendung gibt dagegen der Sache Palgrave. Er läßt seinen regierenden Adel (die eorlas, thegnas) in zwei Classen zerfallen, deren eine, durch Grundbesitz ausgezeichnet, die 12. hyndemenn bilden, während die andern, ohne Grundbesitz und darum im Dienst der ersteren, die 6. hyndemenn oder sidhcundmenn, auch wohl geringere thegnas genannt, ausmachen; dabei bemerkt derselbe aber ausdrücklich, der Ausdruck thegn habe ursprünglich nur

---

[1]) S. 569—72.

[2]) III, S. 46—9; vgl. S. 133—8.

die Dienstleute bezeichnet, und sey erst später vom Königsdienst aus auf alle vollberechtigten Grundbesitzer übergegangen, denen als solchen der ritterliche Dienst obgelegen habe.[1] Man sieht, mit der letzteren Annahme rückt der Verfasser nahe an die oben vertheidigte Auffassung heran, und dasselbe gilt auch von Reinh. Schmid, der in der Einleitung zu seiner Ausgabe der Gesetze sich dahin ausspricht, daß die thegnas ursprünglich nur Gefolgsleute gewesen seyen, und erst später zu einem auf größerem Grundbesitz beruhenden Adel sich umgebildet hätten;[2] genauer bezeichnet ist freilich die Zeit und der Gang dieser Umbildung weder hier noch dort.

Zum Schluß bleibt uns noch eine theils für das germanische Recht überhaupt, theils auch für das angelsächsische insbesondere sehr bedeutsame, zugleich aber auch bis in die neueste Zeit sehr bestrittene Frage übrig, die uns auf unseren Ausgangspunkt, die Gefolgschaft, wiederum zurückführt, die Frage nämlich nach dem Einfluß, welchen das Gefolgswesen auf die Geschichte der einzelnen Staaten und ihrer Verfassung geäußert habe. Schon Phillips nimmt an, daß die Stiftung der einzelnen angelsächsischen Staaten in Britannien von Gefolgschaften ausgegangen sey;[3] Reinh. Schmidt will die Entstehung des deutschen Königthums überhaupt aus der Gewalt eines erobernden Feldherrn ableiten, und sucht diese Ansicht gerade durch näheres Eingehen auf die angelsächsischen Quellen zu stützen.[4] Leo ist demselben mit seiner bekannten Maßlosigkeit gefolgt, und will unter folc geradezu den comitatus, unter folcriht dessen Dienstrecht, unter folcland den dienstrechtlich belasteten Grundbesitz verstehen u. dgl. m.;[5] neuerdings endlich hat Kemble wieder jener Ansicht wenigstens insoweit sich an-

---

[1] I, S. 11—6; II, CCCLXXVI—XII. Den alodiarius sollte er dabei freilich nicht mit dem thegn identisch nehmen; der Besitz von Buchland genügte nicht für die Theilnahme am Thegenstand: ein Besitz von 5 Hiden war erforderlich.

[2] S. LXXII—VIII.

[3] S. 68—70.

[4] Einleitung zur Ausgabe der Gesetze, S. LXX—VIII.

[5] Rectitudines, S. 140—1, 162, 122 u. s. w. Mit vollem Recht hat bereits Gaupp — Die germanischen Ansiedelungen und Landtheilungen, S. 546 — diese Begriffsverwirrung zurückgewiesen.

geschlossen, als er nicht nur die Eroberungen der einzelnen angelsächsischen Stämme, sondern auch sehr bedeutende Veränderungen in deren Verfassung auf die Gefolgschaft zurückführen will, indem er annimmt, für die von allen Volksgerichten ausgeschlossenen Gefolgsleute habe sich ein eigenes Dienstrecht und Dienstgericht gebildet, mit von den volksrechtlichen sehr verschiedenen Normen, die dann auch wohl von hier aus in das Volksrecht selbst hinüber gedrungen seyen: die Leib- und Lebensstrafen namentlich sollen auf diesem Weg in das Landrecht gekommen seyn.[1] Wir unsererseits halten nun zunächst die Zurückführung des deutschen Königthums oder der Stiftung ganzer Reiche auf die Gefolgschaft für völlig unzuläßig. Die Gefolgschaft war ihrem innersten Wesen nach auf die Gemeinschaft des häuslichen Lebens gegründet, und schloß damit von selbst die Möglichkeit des Eintrittes größerer Schaaren von Leuten, oder gar ganzer Völkerschaften in ihren Verband aus. Sie hat sich diesen ihren Charakter ganz in der Art, wie diesen Tacitus schildert, noch in weit späterer Zeit erhalten. Die gesidhas und thegnas der älteren angelsächsischen Zeit, die huskarlar und hirdhmenn des skandinavischen Nordens, die gasindii und gardingi der Langobarden und der Gothen, die antrustiones und convivae regis der Franken stehen zu ihrem Herrn genau in derselben Verbindung, in welcher die comites bei Tacitus zu ihrem princeps, oder die comites, clientes u. dgl. bei Ammianus Marcellinus, bei Jornandes oder bei anderen älteren Geschichtschreibern zu ihrem Führer stehen. Auch bei ihnen ist das Leben in der nächsten Umgebung des Herrn wesentlich Voraussetzung, und nur ausnahmsweise werden später die Titel der Gefolgschaft auch auf Leute ausgedehnt, die nicht am Hof ihres Herrn leben; auch jetzt noch bildet die Gefolgschaft einen sehr wenig zahlreichen engeren Kreis um ihren Herrn, der, wenn dieser auch der König ist, allem übrigen Volk schroff gegenübersteht.[2] Wie demnach

---

[1] I, S. 167—8, 176—8.

[2] Die comites des Alemannenkönigs Chnodomar, die sich nach dessen Gefangennehmung gleichfalls ergeben, sind etwa 200 an Zahl; in Norwegen hat noch der dicke Olaf (1015—30) alles in allem nur 120 Gefolgsleute, und als König Olaf Kyrri (1066—93) deren Zahl verdoppelt, murrt sein Volk als über etwas ganz Uebermäßiges!

Tacitus selbst den comitatus, dessen Vorkommen er keineswegs auf die Völker beschränkt, die keine Könige hatten, als eine engere Verbindung innerhalb des einzelnen Volkes schildert, ohne dem Königthum selbst die Bedeutung einer erweiterten Gefolgsherrschaft beizulegen, so ist auch in der späteren Zeit noch Gefolge und Volk auseinanderzuhalten, und die Stellung des Königs eine andere seiner Gefolgschaft und eine andere der freien Volksgemeinde gegenüber. In der That wird denn auch von allen denen, welche das deutsche Königthum oder die in Folge glücklicher Heerzüge gestifteten Reiche auf die Gefolgschaft zurückführen wollen, unvermerkt an die Stelle dieser letzteren eine ganz andere Verbindung untergeschoben, die Verbindung nämlich einer Schaar beutelustiger Abenteurer zu gemeinsamen Heerzügen unter einem gewählten Anführer; daß aber derlei Verbindungen zu einzelnen Heerfahrten mit dem Comitate nichts zu thun haben, läßt sich leicht darthun. Die Gefolgschaft ist nicht nur in bello praesidium, sondern auch in pace decus, sie ist eine bleibende Verbindung, deren Bestand an sich von Krieg und Frieden unabhängig steht. Die Leute, die sich in der von Cäsar bereits beschriebenen Weise [1]) zum Behuf einer einzelnen Unternehmung zusammenthun, sind zwar für die Dauer des Heerzugs, zu dem sie ihre Mitwirkung zugesagt haben, gebunden, nach dessen Beendigung aber geht die ganze Schaar ohneweiters wieder auseinander. Schon Tacitus wußte von Heerfahrten, die in solcher Weise von Privatleuten unternommen worden waren, und es scheint z. B. Ariovists Zug nach Gallien nur diesen Charakter zu tragen; er bringt dieselben aber mit dem Comitat in keine Verbindung. In späterer Zeit sind es namentlich die Heerfahrten nordischer Heer- oder Seekönige, welche einen ähnlichen Charakter zeigen; bei ihnen sind es aber nicht die hirdhmenn oder huskarlar, welche die Schiffe bemannen, sondern beliebig zusammengelaufene Leute, welche mithalten solange Gang und Erfolg des Zuges ihnen gefällt, aber auch eben so leicht sich wieder trennen, wie sie sich zusammengefunden haben; mit Beendigung des einzelnen Zuges ist ohnehin das Band gelöst, das sie zusammenhielt. Die Gewalt des Anführers über solche Leute ist denn auch eine weit beschränktere, als die des Gefolgsherrn

---

[1]) Bell. Gall. VI, c. 23.

über seine Gefolgsleute; sie mögen allenfalls auf die Frage: quo nomine vester senior fungitur? frischweg antworten: nullo, quia aequalis potestatis sumus,[1]) unmöglich aber hätte eine solche Antwort aus dem Mund von Gefolgsleuten kommen können. In solcher Weise gesammelten Schaaren mögen nun allerdings die ersten angelsächsischen Staaten ihre Entstehung verdankt haben; für deren Herleitung aus Gefolgschaften ist aber begreiflich damit nicht das mindeste gewonnen.[2]) — Wenn aber hiernach der Gefolgsverband nicht geeigenschaftet ist die Ausdehnung auf ein ganzes Volk zu ertragen, so kann derselbe auch noch aus ganz anderen Gründen für die Entstehung des Königthums nicht den Ausgangspunkt gebildet haben. Ein charakteristisches Kennzeichen des germanischen Königthums ist dessen erbliche Verknüpfung mit bestimmten Geschlechtern; die Abhängigkeit der Gefolgsleute dagegen ist noch in der späteren Zeit nicht einmal eine lebenslängliche, viel weniger eine erbliche;[3]) woher nun die Erblichkeit des Königthums, wenn dieses nur aus der Gefolgsherrschaft hervorgegangen seyn soll? Das Königthum ist ferner seinerseits in der älteren Zeit durchaus nicht so geartet, daß eine Ableitung desselben aus irgend einem dienstrechtlichen Verband zuläßig wäre; die Gewalt der Könige ist vielmehr anfänglich ziemlich ebenso beschränkt wie die der gewählten principes, ziemlich ebenso wie diese der Volksgemeinde und ihren Beschlüssen untergeordnet, und nur die Erblichkeit und allenfalls die Ausdehnung der Gewalt über den gesammten Staat im Frieden wie im Krieg zeichnet dieselb vor dieser aus:[4]) erst sehr allmählich gewinnt das Königthum

---

[1]) Dudo, de moribus et actis Normann. I (bei Duchesne, Script. hist. Normann. S. 76).

[2]) Roth, ang. O., S. 23, macht auf diesen Punkt bereits mit vollem Recht aufmerksam, nur daß er den Unterschied zwischen dem Comitat und solchen Vikingerschaaren noch nicht scharf genug faßt.

[3]) Phillips freilich nimmt, ang. O., ein Erblichwerden der Gefolgsherrschaft an, aber ohne eine Spur von Beweis, und im bestimmtesten Widerspruch mit den Quellen.

[4]) Daher denn auch die häufige Verwechslung der Ausdrücke reges, reguli, regales, principes u. dgl. in den älteren Quellen, und die Leichtigkeit des Ueberganges von der Vielherrschaft zum Einkönigthum. — Viel Interessantes über das langsame Wachsthum der königl. Gewalt

eine mehr herrschaftliche Gestaltung, die demselben doch von Anfang an innewohnen müßte, wenn dessen Ableitung aus einer Privatgewalt zuläßig seyn sollte. Daß der angelsächsische König zuweilen hlaford und mundbora seines Volks genannt wird, daß er der Führer des Volksheeres und der Bewahrer des Landfriedens war, auf welchen alles Recht und aller Frieden zurückgeführt wurde, daß der Huldigungseid des Volkes mit dem der Gefolgsleute große Aehnlichkeit zeigt, [1]) — alles dieß kann man zugeben, ohne darum doch die hieraus von Reinh. Schmid gezogene Consequenz als richtig anzuerkennen. Die Stellung des Königs an der Spitze des Volks hat eben mit der Stellung des Hausvaters zu seiner Familie, des Herrn zu seinen abhängigen Leuten allerdings eine gewisse Aehnlichkeit, sofern hier wie dort eine Verpflichtung zu gegenseitiger Treue zu Grunde liegt, die seitens des Oberen als Pflicht zu Schutz und Schirm, seitens der Untergebenen als Verpflichtung zu Gehorsam und Dienst sich äußert; diese Gleichheit des allgemeinen Charakters aller dieser Gewalten mag darum eine Uebertragung der hier und dort üblichen Terminologien und Formeln zur Folge haben, ohne daß doch damit eine Gleichheit des specifischen Inhaltes oder vollends der Grundlagen derselben ausgesprochen werden wollte. [2]) Daß ferner der König als Quelle alles Rechts und alles Friedens betrachtet wurde, erklärt sich einfach aus der Identificirung der Person des Königs mit dem Staat, als dessen Vertreter er in seiner öffentlichen Stellung erschien, und dessen Bedeutung darum auch wohl auf ihn übertragen werden konnte. Ebensowenig macht das Heerführerthum des Königs eine Anknüpfung seiner Gewalt an die

---

bei den Angelsachsen bietet John Allen, Inquiry into the rise and growth of the royal prerogative in England, von welchem trefflichen Werk uns nunmehr eine zweite Ausgabe, London, 1849, zugekommen ist.

[1]) Z. B. Chron. Anglos. a. 921; Eadm. Cul. §. 1.

[2]) Der Huldigungseid der Staatsbürger insbesondere konnte mit dem Fidelitätseid des Dienstmannes in so lange völlig gleich seyn, als sich der Eid hier und dort auf das Versprechen der Treue im allgemeinen beschränkte; wollte auf den specifischen Inhalt der Verpflichtung Rücksicht genommen werden, so mußte auch die Eidesformel verschieden gestellt werden, wie dieß z. B. in Norwegen der Fall war, vgl. Lands L. Kr. B. c. 9—12; Hirdhskra, §. 7—11 und öfter.

Gefolgsherrschaft nöthig; von Anfang an war die militärische Gewalt über den einzelnen Bezirk so gut wie die richterliche, administrative und priesterliche Sache eines jeden Bezirksbeamten gewesen, und wenn demnach zwar in den vorköniglichen Zeiten für den Krieg ein Herzog als Oberanführer gewählt werden mußte, so verstand sich doch, sowie ein gemeinsamer Häuptling als beständiger Vorsteher an die Spitze des gesammten Staates trat, dessen Heerführerthum dem ganzen Volksheer gegenüber eben so sehr von selbst, wie das des Centenars gegenüber seiner Hundertschaft. Völlig verkehrt ist es endlich, wenn darauf Gewicht gelegt werden will, daß zuweilen der Volksverband als eine unter der Leitung des Königs stehende Genossenschaft bezeichnet wird, deren Angehörige alle Eines lieben und Eines hassen sollen, [1]) oder daß die Acht als ein Verlust der Freundschaft des Königs und aller der Seinigen gilt; [2]) derartige Ausdrücke bezeugen eben nur die uralte Auffassung des Staates als einer gegenseitigen Verbindung zu Recht und Frieden, welche durch die Identificirung des Königs mit dem Staat nur in der Form etwas modificirt wird, an einen förmlichen Dienstvertrag zwischen König und Volk zur Regelung der gegenseitigen Rechte und Pflichten, wie ein solcher zwischen Herrn und Dienstmann abgeschlossen wurde, ist dabei indessen entfernt nicht zu denken, und die sämmtlichen Stellen, auf welche sich Schmid beruft, um einen solchen zu erweisen, [3]) thun nur dar, was ohnehin schon bekannt ist, daß nämlich einerseits dem König eidlich gehuldigt zu werden pflegte, andererseits auch wohl die Haltung bestimmter Gesetzesvorschriften, zumal solcher die sich auf den Landfrieden oder die Sicherung des Eigenthums bezogen, in derselben Weise, wie dieß auch anderwärts vorkommt, eidlich angelobt wurde.

Aber auch abgesehen von der Begründung des Königthums und der einzelnen angelsächsischen Staaten auf die Gefolgschaft vermögen wir dieser letzteren nicht einmal den bedeutenden Ein-

---

1) Z. B. Eadw. §. 4.

2) Z. B. Eadw. §. 8; Eadm .S. §. 1; Aedhelst. I, §. 20.

3) Aedhelst. IV, pr.; Jud. civ. Lund. c. 11; Eadm. Cul. §. 1; Wilh. III, §. 2; Chron Anglos. a. 947 und 1086; dazu hätte noch Cnut. S. §. 21 und eine Reihe anderer Stellen gefügt werden können.

fluß auf die Umgestaltung der Verfassung und des Landrechtes, wie solchen Kemble ihr zuschreiben möchte, beizumessen. Es kann natürlich nicht geläugnet werden, daß von Anfang an ein, wenn auch kleines, doch durch Ausrüstung und Kriegsübung ausgezeichnetes Gefolge seinem Führer eine gewisse Macht im Staat verschaffte; die Verbindung, welche der Gefolgsmann auch nach seinem Austritt aus dem Dienst mit dem früheren Herrn zu unterhalten pflegte, die Ausdehnung des Titels und der Dienstpflicht der Gefolgsleute auf andere Personen erweiterte den Kreis derer, welche dem König zu höheren Pflichten als denen des unabhängigen Unterthanen verbunden waren, und die sich nöthigenfalls auch gegen die freie Volksgemeinde von ihm gebrauchen ließen; seitdem die Besetzung der Aemter in des Königs Hand gelangt war, wird auch wohl die Stellung der Beamten, als welche fortan ebenfalls dem König dienstpflichtig sind, der Stellung der Gefolgsleute näher gerückt, und es mag sogar mit der Zeit die Kriegspflicht, die dem freien Staatsbürger als solchem oblag, mit der aus dem Gefolgsverband entspringenden Heerpflicht zusammengeworfen werden; endlich mußte sich, seitdem alle Würden und Auszeichnungen an den Königsdienst gebunden und durch die eigenthümliche Richtung des Hoflebens alle äußere Ehre und höfische Bildung von demselben abhängig geworden waren, die Anschauung des Volks vom Herrendienst, sein Begriff von Ehre ändern, und die Aufnahme in den Gefolgsverband des Königs selbst ansässigen Leuten in demselben Maß zum Ziel ihres Strebens werden, in welchem der Werth der vollen Freiheit sank. Man sieht indessen leicht, daß es sich bei allen diesen Veränderungen nicht um ein Herübernehmen dienstrechtlicher Bestimmungen in das Landrecht, sondern um eine Umgestaltung socialer Verhältnisse und Anschauungen des Volks handelt, die dann freilich ihrerseits auch auf das Recht zurückwirkt, oder doch höchstens um eine Annäherung des Landrechts an das Dienstrecht durch strafferes Anziehen der über die Staatsangehörigen als solche begründeten Staatsgewalt und handgreiflichere Verbindung der letzteren mit der Person des Königs; die Gefolgschaft aber und ihr Dien recht ist bei einer solchen Wendung der Verfassung jedenfalls nicht das bestimmende Moment, vielmehr mußte diese letztere durch die festere Ausbildung des Staatsorganismus und des ihn vertreten-

den Königthumes sich unter allen Umständen ergeben, wenn auch von einer Gefolgschaft gar keine Rede gewesen wäre. Einen Einfluß des Dienstrechtes insbesondere auf das landrechtliche Strafrecht anzunehmen, sehen wir vollends gar keinen Grund; Leibes- und Lebensstrafen waren nämlich, wie wie wir sehen werden, schon dem ältesten Volksrechte, wenn auch in sehr beschränktem Umfang, bekannt, und entwickeln sich überdieß auch aus dessen übrigem Strafsystem ganz naturgemäß, während andererseits nicht einmal eine Spur von Beweis dafür erbracht ist, daß innerhalb der Gefolgschaft von solchen Strafen überhaupt oder vorzugsweise die Rede war. König Knuts Witherlagsret kennt für die Gefolgsleute nur Ehrenstrafen und die Ausstoßung aus dem Gefolgsverband in einer der Acht völlig entsprechenden Weise; die Todesstrafe für den am Herrn begangenen Verrath aber scheint von Anfang an eine volksrechtliche gewesen zu seyn.

Der Geburtsadel.

Daß den Angelsachsen in ganz ähnlicher Weise wie den deutschen Stämmen des Festlandes ein Geburtsadel bekannt war, läßt sich nicht verkennen. Es wird uns von königlichen Geschlechtern erzählt, die ihre Herkunft von Wodan ableiteten, [1]) und die uns erhaltenen Stammbäume nicht weniger Königshäuser führen deren Abstammung in der That auf die Götter zurück; die Oiscingas von Kent, die Vuffingas von Ostangeln werden uns mit diesem ihrem Geschlechtsnamen genannt, [2]) die Iclingas als das älteste und edelste Geschlecht in Merkien bezeichnet. [3]) Als technische Bezeichnung der Angehörigen des königlichen Hauses, und zumal der Söhne des Königs, gilt dabei der Ausdruck ädheling, [4]) also

---

[1]) Beda, I, c. 15; Chron. Anglos. a. 449.

[2]) Beda, II, c. 5 und 15.

[3]) Vita S. Gudhlac., bei Turner, III, S. 47.

[4]) Edw. Conf. c. 35; in den Geschichtschreibern sowohl als in den Urkunden sehr häufig, z. B. Cod. dipl. num. 593, 693, 721, 722, 726, 1302. Gleichbedeutend steht der Ausdruck clito, z. B. num. 720, 1301, 1309; vielleicht auch cild, z. B. Chron. Anglos. a. 1009, 1066, 1069, Cod. dipl num. 732, 960. Der letztere Ausdruck, welchen Lappenberg I, S. 572—3, nicht mit dem fränkischen puer regis vergleichen sollte, bedeutet ursprünglich Kind, dann Prinz (Infant); viel-

dasselbe Wort, welches auf dem Festland, und namentlich auch bei den mit den Angelsachsen zunächst verwandten Sachsen, Friesen und Thüringern, den alten Geburtsadel bezeichnet; wenn das einfache ädhele, ädhelboren, [1]) nobilis in weiterer Bedeutung für alle und jede höheren Classen gegenüber den geringeren steht, und insbesondere auch für den Thegenstand gilt, [2]) so wird doch das abgeleitete ädheling nie anders als in jenem engeren technischen Sinn gebraucht, und darf wohl auch in jener weiteren Geltung des Stammwortes eine bloße Verwischung eines früheren engeren Sprachgebrauches gesehen werden. In der späteren Zeit ist nun allerdings der Kreis der Edelinge auf die Angehörigen des einen königlichen Hauses beschränkt; für die ältere Zeit dagegen ist eine solche Beschränkung absolut undenkbar. Nicht nur waren der Königshäuser vor der Vereinigung der kleinen angelsächsischen Staaten zu einem Gesammtreich sehr viele, und galt jedes derselben gleichmäßig als ein edles, sondern es kann auch von Anfang an der Begriff des Adels mit dem des Königthums gar nicht in einer wesentlichen Verbindung gestanden seyn. Noch in weit späterer Zeit wissen die Altsachsen, und großentheils auch die Friesen, nichts von Königen, und erst auf brittischem Boden erwuchs das angelsächsische Königthum; das gleichmäßige Vorkommen von Edelingen auch bei jenen Stämmen zeigt aber, daß diese auch bei den Angelsachsen schon vor der Entwickelung des Königthums bestanden haben müssen. Von Anfang an mochte es dabei schwerlich jedem edlen Hause, das nach Britannien hinüberwanderte, gelingen, daselbst ein unabhängiges Reich für sich zu stiften; manches königliche Haus mußte sich später die Unterordnung unter einen mächtigeren Herrscher gefallen lassen. Beidemal mußte ein Theil des Adels zu Unterthanen werden, und damit eine Spaltung in den ursprünglich einheitlichen Stand hereinkommen; wenn dabei der Ausdruck ädheling auf die An-

---

leicht steht clito, das weder von inclytus noch von κλειτός abzuleiten ist, für cildo?

[1]) Aelfr. §. 11. Ebenso fordhboren im Gegensatz zu läsboren, Eadg. Can. §. 13 u. dgl. m.

[2]) Z. B. Cod. dipl. num. 698, 710; zahlreiche andere Beispiele siehe in unserer früher angeführten Abhandlung, S. 193—4.

gehörigen der regierenden Familie sich beschränkte, so konnte doch die Erinnerung an die edle Geburt auch der mediatisirten Häuser sich erst nach längerem Bestehen der neuen Verhältnisse verlieren, und nur sehr allmählich deren Gleichstellung mit den übrigen Unterthanen des neuen Reiches vor sich gehen.[1] Wir sind demnach von vornherein berechtigt anzunehmen, daß wenigstens eine Zeit lang auch derjenige Theil der alten Edelinge, der am Königthum keinen Antheil erlangt oder diesen wieder verloren hatte, eine bevorzugte Stellung vor dem übrigen Volk behauptet habe; wir glauben aber diese Annahme auch durch positive Quellenzeugnisse erweisen zu können.

Schon in den ältesten Gesetzen, denen von Kent, finden wir alles Volk in zwei Classen getheilt, in eorlas und ceorlas; in Wer und Buße stehen sich beide gegenüber, und kennzeichnen sich eben dadurch als bestimmt geschiedene Stände, und der Umstand, daß sich der Gegensatz auch auf die Weiber erstreckte,[2] läßt darauf schließen, daß es sich bei demselben um eine Verschiedenheit der Geburtsrechte handelt. In der späteren Zeit kommt zuweilen noch dieselbe Gegenüberstellung von eorl und ceorl vor, und zwar so, daß beide Ausdrücke zusammen immer noch das ganze Volk umfassen sollen; andremale steht eorl für den Anführer der einen oder anderen nordischen Heerschaar, hier offenbar nur die altnordische Bezeichnung jarl wiedergebend; wieder anderemale endlich bezeichnet der Ausdruck Männer, welche, dem König dienstbar, eine eigenthümlich hohe Stellung im Staat einnehmen, theils dem königlichen Dienstgefolge in seiner späteren Umbildung, theils den königlichen Bezirksbeamten vergleichbar. Die eorlas in diesem Sinne gehören einerseits dem königlichen Dienstverband an, und sind darum mit der Verpflichtung zur Entrichtung eines Heergewäde belastet;[3] sie werden vom König er-

---

[1] So läßt sich noch in den Bestimmungen der L. Bajuw. II, c. 20, §. 1—2 die ursprüngliche Standesgleichheit der Agilolfinger mit den fünf anderen edlen Häusern des bayerischen Volkes nicht verkennen; jene heißen summi principes, und principes sind demnach auch noch diese, — die letzteren stehen zwar dem genus ducale nach, sind aber dennoch quasi primi im Volk.

[2] Aedhelb. §. 75.

[3] Cnut. S. §. 72.

nannt, [1]) und ihre Stellung ist darum auch dem ceorl erreichbar. [2]) Sie müssen andererseits einen Grundbesitz von mindestens vierzig Hiden eigenen Landes haben, [3]) und werden als Inhaber einer ansehnlichen Regierungsgewalt über einzelne Landschaften geradezu mit den normännisch-französischen Grafen auf eine Linie gestellt; im Wergeld werden sie mit dem aedheling gleich behandelt, [4]) während der König seines Standes wegen mit derselben Summe, seines königlichen Amtes wegen aber mit einer zweiten eben so hohen angesetzt ist. [5]) Suchen wir nun unter diesen verschiedenartigen Nachrichten über die eorlas den nothwendigen inneren Zusammenhang herzustellen, so dürfte sich, wenn wir zugleich das über die ädhelingas Bemerkte berücksichtigen, folgendes ergeben. Anfänglich sind dieselben nichts anderes als der mediatisirte Geburtsadel; darum bilden eorl und ceorl einen scharfen Gegensatz, dessen Alterthümlichkeit schon im Reime sich ausspricht. Dabei waren wohl die eorlas, eben weil ursprünglich schon an der Spitze des Volks stehend und erst später durch ein Haus aus ihrer Mitte mediatisirt, noch mit ausgedehnten Regierungsrechten über größere Landschaften ausgestattet; die undercyningas, healfcyningas, reguli, subreguli u. dgl., die wir noch hin und wieder an der Spitze einzelner Provinzen nachweisen können, [6]) zeigen uns den Uebergang königlicher Familien in bloße Eorlsgeschlechter, und eine nordische Quelle kann von König Aelfred geradezu sagen, er habe die früheren skattkonungar, d. h. Unterkönige, zu bloßen jarlar herabgedrückt, [7]) — der König des Gesammtreiches kann fortan emphatisch als eorla ealdor, Herr der Eorle, bezeichnet werden, [8])

---

1) Z. B. Anglos. Chron. a. 694, 1016 u. dgl. m.

2) Ranks, §. 5; Aedhelr. VII, §. 21.

3) Auf sie scheint sich nämlich die vielfach besprochene Stelle der Historia Eliensis, II, 40 zu beziehen, welche jenes Landmaß als Vorbedingung für den Stand der proceres bezeichnet.

4) Werg. §. 2; die eine Hds. liest ädheling, die andere dagegen eorl.

5) Werg. §. 1; Merc. L.

6) Wesen des ältesten Adels, S. 189—90; Kemble, I, S. 149—51.

7) Siehe Bd. 1, S. 86, Anm. 2.

8) Chron. Anglos. a. 975.

ganz wie die jüngere Edda den Volkskönig als konungr konunga, König über die Könige, bezeichnet.[1]) Später wird dann freilich die Gewalt der eorlas zu einer bloßen Amtsgewalt, und auf königliche Ernennung zurückgeführt; der König ernennt auch wohl eorlas aus anderen als den altadeligen Häusern, so daß der Ausdruck, der früher den Geburtsstand bezeichnet hatte, dem nur zugleich gewisse Regierungsrechte zugekommen waren, jetzt den Inhaber solcher Regierungsrechte bezeichnet, gleichviel welches dessen Geburtsstand sey. Jetzt mag denn auch größerer Grundbesitz zur Voraussetzung des Standes werden, während andererseits die ursprüngliche Standesgleichheit mit den königlichen Häusern sich noch in der Gleichheit des Wergeldes für den eorl und den ädheling im späteren Sinn fühlbar macht; die später noch wiederkehrende Gegenüberstellung von eorl und ceorl als den zwei großen Classen des Freienstandes darf dagegen nur als eine durch den Reim gehaltene Reminiscenz aus früheren Zeiten betrachtet werden. — Es ist nicht ohne Interesse, mit diesem Gang der Dinge in England die Geschichte der nordischen jarlar zu vergleichen. Im Rigsmal wird der jarl, wo es sich um erschöpfende Aufzählung der Stände handelt, dem karl und dem thräll entgegengesetzt, unter seinen Söhnen aber Adhal und Konr ungr genannt; offenbar sind damit die jarlar als die adeligen Geschlechter bezeichnet, aus deren Mitte die Könige hervorgehen. Die jüngere Edda nimmt die jarlar mit den skattkonungar gleichbedeutend, und spricht von ihnen im Zusammenhang mit dem Kaiser und den Volkskönigen, denen sie in gewisser Beziehung sich anreihen; sie erscheinen dabei dem eigentlichen König untergeordnet, aber als dessen Vertreter über größere Landschaften gesetzt,[2]) und dieß ist in der That die Stellung, in welcher sich die jarlar nach den geschichtlichen Quellen befinden. Schon zu König Harald Harfagrs Zeit erniedrigte sich König Hrollaugr zum Jarl, indem er sich diesem unterwarf; er behielt aber als solcher Naumdälafylki, das er früher als selbstständiges Reich beherrscht hatte;[3]) überhaupt setzte König Harald

[1]) Skaldskaparm. c. 53.

[2]) Skaldskaparm. c. 53 und 64.

[3]) Heimskr. Haralds S. harf. c. 8.

über jedes ihm unterworfene fylki einen jarl,[1]) und gab gegen das Ende seines Lebens allen seinen Abkömmlingen im Weibsstamm den Jarlsnamen, während alle seine Söhne den Königstitel führten, und diese wie jene einem gemeinsamen Oberkönig unterworfen blieben.[2]) Zur Zeit des Königs Magnus Lagabätir war die Jarlswürde ziemlich in Abgang gekommen; er gedenkt ihrer als einer Würde, die durch königliche Verleihung zuweilen an Angehörige des königlichen Hauses komme, die nicht erblich und in ihrer Ausdehnung ganz von des Königs Verleihung abhängig sey, und abgesehen von den entfernten Schatzlanden der Krone besser überhaupt unverliehen bliebe.[3]) Man sieht, auch in Norwegen sind die jarlar ursprünglich Angehörige edler Geschlechter, welche mit königlicher Gewalt, nur freilich einem Oberkönig unterthan, einzelne Landschaften beherrschen; erst später wird, bei kräftiger angezogener Gewalt des Oberkönigthums, die Ernennung derselben zum freien Recht des letzteren, und von der Geburt völlig unabhängig, — der jarl wird zu einem, nur eigens privilegirten, Dienstmann des Königs, und schließlich wird seine Würde, weil allzu privilegirt, vollends eingezogen.

Wenn hiernach der Ausdruck eorl sowohl als ädheling zu verschiedenen Zeiten eine verschiedene Geltung hat, und das einfache ädhele vollends eine technische Bedeutung entweder überhaupt nie besaß oder doch sehr früh verloren hatte, so erklärt sich leicht, wie die Literatur, von der Ansicht ausgehend, daß derselbe Ausdruck allzeit die gleiche Bedeutung haben müsse, zu sehr verschiedenen Ergebnissen gelangen mußte, je nach den Stellen, auf welche das Schwergewicht gelegt, und je nach der Art, wie deren Ausgleichung mit dem übrigen Inhalt der Quellen versucht werden wollte. So sieht Phillips[4]) in den eorlas einen Geburtsadel, nimmt aber den Ausdruck nicht nur mit ädhele, sondern auch mit gesidhcundman identisch, während in einem engeren Sinn der eorl die oberste Classe des Adels ausmachen soll; Königsdienst und größerer Grundbesitz sollen dabei die Grundlage des Standes

[1]) Heimskr. Haralds S. harf. c. 6.
[2]) Ebenda, c. 35.
[3]) Hirdhskra, §. 14—7.
[4]) S. 114—9.

bilden, während der Umstand, daß die eorlas im Besitz ausgedehnter Regierungsrechte sich befinden, daraus erklärt werden will, daß nur aus ihnen die höheren Beamten genommen worden seyen. Hier ist demnach übersehen, daß die eorlas von einer ursprünglichen, durchaus selbständigen und regierenden Stellung erst allmählich in des Königs Dienstverband herabsanken, während umgekehrt die königlichen Dienstleute sich nach und nach erst zur Bedeutung einer Art von Adel hinaufarbeiteten. Aehnlich nimmt Palgrave [1]) die eorlas oder eorlcundmenn mit den thegenborenan menn identisch, und findet in beiden einen Adel, der theils auf der Geburt, theils auf dem Grundbesitz beruhe, und allein politisch berechtigt erscheine, während alles übrige Volk dienstbar sey; von den königlichen Häusern, deren Angehörige wegen ihrer Abstammung von Wodan allein regierungsfähig seyen, scheidet er diesen Adel scharf ab, und will allein in ihm die 12 hyndeme. n finden, völlig übersehend, daß dem eorl in Buße und Wer der thegn, also der wirkliche 12 hyndeman, weit nachsteht. Neben der auch hier wiederkehrenden Gleichstellung des eorl und thegn haben wir demnach die Abtrennung der königlichen von den Eorlgeschlechtern auszusetzen, und vermissen zugleich die gehörige Betonung der den eorlas zukommenden Regierungsrechte. Weiter ab liegt die Ansicht Lingard's, [2]) nach welcher der eorl ein Adeliger im Gegensatz zum Gemeinfreien wäre, dessen Adel aber als solcher weder Macht noch Einfluß gegeben hätte, während die ädhelingas lediglich aus den Angehörigen der königlichen Häuser bestehen sollen. Man sieht, die ursprüngliche Bedeutung des eorl ist richtig aufgefaßt, aber übersehen, daß von Anfang an demselben allerdings Macht und Einfluß zukam; daß später gerade diese äußere Stellung das Wesentliche, und auf den Geburtsstand beim eorl gar nicht mehr geachtet wurde, wird ebenso ignorirt, wie dessen ursprüngliche Standesgleichheit mit dem ädheling. Wieder einen anderen Weg schlägt Turner [3]) ein. Er sieht in den ädhelan, ädhelborenan, ädhelingas einen Geburtsadel, will diesem aber keinerlei rechtliche Wirkung zugestehen; im eorl dagegen steht er einen Beamten, welcher dem ealdorman

---

[1]) I, S. 9—12; II, S. CCCLII—VI.

[2]) I, S. 400—2.

[3]) III, S. 46—9; 133 -4.

nahe steht oder gar mit demselben identisch ist, und zwischen beiden Classen besteht ihm sonach kein Zusammenhang. Hier wird also nur die spätere Bedeutung von eorl ins Auge gefaßt, andererseits aber der untechnische Gebrauch des Wortes ädhele mit dem technischen von ädheling unstatthaft vermengt. Aehnlich ist die Meinung Lappenbergs. [1]) Nach ihm bestand von Anfang an ein Geburtsadel, und aus den ihm angehörigen Geschlechtern gingen die Anführer der Eroberungszüge hervor; erst später habe der ursprünglich hierauf bezügliche Ausdruck ädheling eine engere Geltung angenommen. Die eorlas dagegen sollen dem Dienstadel zugehören, und zugleich durch einen Grundbesitz von mindestens 40 Hiden sich auszeichnen; das Wort eorl selbst soll aus ealdor=ealdorman zusammengezogen seyn, wogegen freilich schon die nordische Form jarl entschieden streitet. Weit näher tritt Leo [2]) unserer Ansicht. Ihm sind eorlas und ädhelingas von Anfang an identisch, und bilden gemeinsam den alten Geburtsadel; erst durch die Unterwerfung eines Theiles des Adels unter einen mächtigeren Herrn sey der Unterschied zwischen Königen und Eorls enstanden, dabei aber dennoch auch den ersteren ein Theil ihrer früheren Bedeutung geblieben. Neben der Geburt erscheint übrigens auch bei ihm größerer Grundbesitz als Voraussetzung des Standes; zu tadeln ist nur, daß auf die spätere Aenderung in der Geltung des Wortes kein Gewicht gelegt, und überdieß im Zusammenhang mit der Herleitung des Königthums aus der Gefolgschaft der eorl von Anfang an als Gefolgsherr und seine Mediatisirung als Eintritt in den Gefolgsverband eines Mächtigeren aufgefaßt wird. Kemble [3]) endlich sieht im eorl oder ädhele lediglich den Adeligen im Gegensatz zum Gemeinfreien; er betont dabei mit Recht, daß der Adel in der älteren Zeit einerseits den alleinigen Gegensatz zum Gemeinfreien gebildet habe, andererseits aber selbst nur ein potenzirter Freienstand gewesen sey. Nicht zu billigen ist dagegen, wenn derselbe, ohne sich im übrigen auf die spätere Geschichte des Wortes einzulassen, den eorl im 12. hyndeman wiederfinden will; offenbar ließ er sich hier durch die zuweilen noch

---

[1]) S. 562 und 566—70.

[2]) Rectit. S. 159—66, vgl. 108—9.

[3]) I, S. 131 und 135—6; vgl. 285—6.

vorkommende Gegenüberstellung von eorl und ceorl neben der neu aufkommenden von 2. und 12. hyndeman täuschen, indem er übersah, daß jene nur noch durch den Reim gehalten, aber dem praktischen Rechte längst entfrembet war.

In ein weit helleres Licht, als welches bisher zu erreichen war, tritt übrigens die Stellung des ältesten Adels und dessen ursprüngliche Standesgleichheit mit den königl. Geschlechtern, wenn wir zum Schlusse noch einen Blick auf die älteste Gestalt des deutschen Königthums werfen; wir werden uns bei deren Erörterung lediglich an Kemble's Darstellung anschließen, da wir die Herleitung der Würde aus der Gefolgsherrschaft ohnehin bereits zurückgewiesen haben, und andere bemerkenswerthe Theorien über deren Entstehung und erste Ausbildung in der hier einschlägigen Literatur nicht aufgestellt wurden. Die Behauptungen Kemble's lassen sich aber auf folgende Hauptsätze zurückführen. Die sämmtlichen Völkerschaften deutschen Stammes haben von Anfang an Könige, und Tacitus irrt sich, wenn er meint, das Königthum sey nur einzelnen Stämmen bekannt, und selbst bei diesen erst später entstanden; die judices, principes, satrapae der Germanen sind eben nichts anderes als Könige, gleichviel übrigens, ob sie einem größeren oder kleineren Bezirke vorstanden, ob ihre Würde eine bleibende oder auf bestimmte Zeit beschränkte war. Das Königthum gibt ferner ursprünglich nicht eine allseitige Vorsteherschaft über die ihm unterworfene Landschaft, sondern nur die Priesterwürde und das mit dieser wesentlich zusammenhängende Richteramt, während insbesondere das Heerführerthum nur für die Dauer eines Krieges durch Wahl verliehen wird; doch sollen Priesterthum, Richteramt und Heerführerthum auch wohl an verschiedene Geschlechter gebunden seyn können, oder auch eine Mehrzahl bevorzugter Geschlechter neben einander stehen, unter deren Angehörigen dann, wie sonst innerhalb des einzelnen Geschlechtes selbst, die Wahl entscheide. Die Nothwendigkeit des Königthums in jenem Sinne beruht aber nach Kemble darauf, daß Priesterthum und Richteramt einer Vermittlung mit den Göttern bedurften, die nur von einem von diesen selbst abstammenden Geschlechte ausgehen konnte; der Vorzug bestimmter Geschlechter soll dabei theils darauf beruht haben, daß sie den ursprünglichen Kern bildeten, aus welchem erst das gesammte Volk erwuchs, theils darauf,

daß sie einem fremden und gebildeteren Volke angehörten, welchem sich jenes gutwillig oder gezwungen unterwarf. Durch die Ausdehnung des Königthums über benachbarte Bezirke, zu welcher namentlich die Vereinigung des Heerführerthums mit demselben den Anhaltspunkt gegeben habe, sey dann der Gegensatz eines Oberkönigthums und Unterkönigthums entstanden, welcher nicht nur an die Stelle der früheren Kleinstaaterei größere Staatseinheiten gesetzt, sondern auch die Gewalt des Oberkönigs erst zu einem wahren Königthume im neueren Sinne habe werden lassen, indem das Heerführerthum, das von der Priesterwürde unabhängig gewordene Richteramt, sowie Recht und Pflicht den Landfrieden zu wahren nunmehr in der Hand des Königs vereinigt worden seyen.

Wir glauben an dieser ganzen Darstellung vor allem rügen zu sollen, daß derselben jeder feste Begriff von Königthum völlig abgeht. In allen unseren älteren und jüngeren Quellen werden die Könige von anderen Häuptlingen geschieden, mögen diese letzteren nun als principes, satrapae oder wie immer bezeichnet werden; es scheint uns die Aufgabe des Geschichtschreibers zu seyn, diese feststehende Unterscheidung anzuerkennen und die für dieselbe bezeichnenden Merkmale aufzusuchen, nicht aber dieselbe im Widerspruche mit den Quellen zu ignoriren. Wir sind mit Kemble darüber einverstanden, daß die Gewalt der Könige und der principes ihrem Inhalte und Umfange nach wesentlich die gleiche war, und daß demnach das Königthum der ältesten Zeit von der ausgedehnten Herrschergewalt noch weit entfernt war, die ihm später zukam; daneben aber glauben wir dennoch einen wesentlichen Unterschied zwischen der Stellung der Könige und der principes annehmen zu müssen, und zwar bezog sich dieser nach unserer Ansicht auf zwei Punkte. Cäsar sowohl als Beda heben bei ihrer Schilderung der ältesten germanischen und sächsischen Verfassung übereinstimmend hervor, daß in Friedenszeit ein communis magistratus, ein rex, nicht bestehe, sondern eine Mehrzahl von principes regionum atque pagorum, von satrapae, je ihren Bezirk regiere; nur für die Dauer eines Krieges werde durch Wahl oder Loos ein gemeinsamer Oberbefehlshaber vorübergehend ernannt, dessen Gewalt nach beendigtem Kriege sofort erlösche. Auch bei Tacitus tritt, so oft von Völkern die Rede ist, die keine Könige

haben, der Mangel eines gemeinsamen Oberhauptes in Friedenszeiten deutlich hervor; Arminius, der Herzog der Cherusker, wird regnum affectans erschlagen, d. h. weil er die für den Krieg ihm übertragene Gewalt auch nach dessen Beendigung beibehalten wollte [1]. Andererseits erscheint, wo immer von Königen die Rede ist, deren Würde wesentlich erblich, während die principes bei Tacitus wie bei Cäsar aus der Wahl des Volkes hervorgehen; die einheimischen Quellen heben diesen letzteren Unterschied noch weit schärfer hervor, und lassen darüber jenen ersteren, der den Römern der gewichtigere geschienen zu haben scheint, sogar zuweilen völlig fallen. Schon die Ausdrücke, mit welchen die einheimische Sprache den König bezeichnet, weist auf jene beiden charakteristischen Merkmale hin. Das gothische thiudans, angelsächsische theoden bezeichnet den Herrscher über das gesammte Volk; der verbreitetere Ausdruck chuninc, cyning, konungr der althochdeutschen, angelsächsischen und altnordischen Sprache weist auf die Abstammung von einem bestimmten Geschlechte als Grund der Bevorzugung hin, ganz wie auch sonst der König, als zum Reiche geboren, dieses als sein odhal oder Stammgut bezeichnet wird. Eben weil auf das letztere Moment das Hauptgewicht gelegt wird, kann dann aber auch von häradhskonungar und fylkiskonungar ebensowohl wie von thjodhkonungar die Rede seyn, von undercyningas, healfcyningas, skattkonungar im Gegensatze zu einem Oberkönige, ja sogar von herkonungar oder säkonungar, die gar kein Land oder Volk regieren,

[1]) Waitz, deutsche Verf. Gesch. I, 103—10, behauptet allerdings das Vorhandenseyn eines gemeinsamen Beamten auch für den Frieden bei den Völkerschaften, die keine Könige hatten, und er hält diese Ansicht in dem neueren, oben angeführten Aufsatze, S. 271—2, fest. Uns scheint im wesentlichen mit Unrecht. Allerdings mochte ein oberster Gesetzbeamter, wie im Norden so auch anderwärts, hin und wieder an der Spitze des Gesammtstaates stehen, aber sein Beruf ist ein sehr eingeschränkter, seine Gewalt keine Herrschergewalt. Ebenso mußte wohl dem Bezirkshäuptling, in dessen District die gemeinsame Dingstätte lag, wie dem isländischen alsherjargodhi, die Leitung der gemeinsamen Volksversammlung zustehen, aber eine weitere Herrschergewalt steht auch ihm nur über seinen Bezirk, nicht über das Volk im Ganzen zu. Nur aus dieser Annahme scheint sich insbesondere auch die Nothwendigkeit der Wahl eines Herzogs für den Kriegsfall zu erklären.

sondern nur eine Schaar raublustiger Abenteurer [1]); und wenn uns nordische Quellen berichten, daß ihre Häuptlinge erst in später Zeit den Königsnamen anstatt des früheren Titels drottnar, d. h. Volksführer, angenommen haben, so dürfen wir hierin wohl nur die Thatsache bezeugt finden, daß ursprünglich nicht erbliche Würden erst später zu erblichen geworden sind. Allerdings ist aber zuzugeben, daß auch jene beiden dem Königthume charakteristischen Merkmale keineswegs so scharf, als dieß auf den ersten Blick der Fall zu seyn scheint, den principes gegenüber die Gränze ziehen, und es erklärt sich theils hieraus, theils auch aus dem weiteren Umstande, daß die Erblichkeit der Würde nicht immer mit deren Erstreckung über das gesammte Staatsgebiet zusammenfiel, warum zumal die classischen Autoren, wiewohl sie im Ganzen jenen Unterschied richtig festhalten, doch in einzelnen Fällen in ihrer Terminologie schwanken, oder sich auch wohl geradezu mit unbestimmteren Ausdrücken, wie reguli, regales u. dgl., zu helfen suchen. Bei der geringen Consistenz des ältesten Staates ist die Selbstständigkeit seiner einzelnen Landschaften eine sehr große; die Vorsteher dieser letzteren stehen demnach, wenn nur deren Würde eine erbliche geworden ist, ziemlich ebenso selbständig da wie die Regenten ganzer Staaten, deren etwa mehrere zu einem Staatenbunde sich geeinigt haben. Sodann aber, und dieser Umstand ist für uns ganz besonders wichtig, war auch bei dem Königthume durch dessen Erblichkeit keineswegs aller Einfluß der Volkswahl ausgeschlossen, und andererseits auch die Wahl der principes gewiß der Regel nach keineswegs von aller Rücksicht auf bestimmte Geschlechter unabhängig. In der ersteren Beziehung war nicht nur das Königthum eben nur Erbe des gesammten regierenden Hauses,

---

[1]) Solo rex verbo, sociis tamen imperitabat, sagt Abbo, de bello Paris. civ., treffend von einem solchen Heerkönige; Ynglinga S. c. 34 heißt es: „Damals gab es viele Seekönige, die über große Heerschaaren geboten, aber kein Land hatten.“ Endlich in der jüngeren Olafs S. hins helga c. 26 wird geradezu gesagt: „Als aber Olaf an die Spitze der Heerschaar und der Schiffe trat, da gaben ihm die Heerleute den Königsnamen, wie es denn Sitte war, wenn Heerkönige auf die Heerfahrt zogen, wenn sie ihrer Abstammung nach zum Königsnamen geboren waren, sobald sie Heerkönige wurden, wenn sie auch kein Land unter sich hatten.“

so daß unter dessen Angehörigen immer noch die Wahl des Volkes ihren Spielraum hatte[1]), sondern es wurde auch in Zeiten, da eine bestimmte Thronfolge-Ordnung sich bereits entschieden festgestellt hatte, wenigstens formell noch immer an dem Erfordernisse der Wahl festgehalten[2]), was uns einen bedeutsamen Schluß auf frühere Zeiten gestattet. Andererseits konnten wieder in Staaten ohne Königthum die mächtigen Geschlechter, deren in jedem Bezirke gewiß immer nur wenige waren, bei der Wahl nicht unberücksichtigt bleiben, und abgesehen von ganz außerordentlichen Umständen, mußte sicher das Maß von Macht, dessen im betreffenden Momente das einzelne Haus genoß, für die Wahl bestimmend werden; die Frage nach der Herrschaft wurde unter den competirenden Häusern abgemacht und nöthigenfalls durchgestritten, und die Wahl des Volks sanctionirte nur das so erlangte Ergebniß; zeigt sich das Volk ja einmal widerspänstig, so droht der mächtige Bewerber auch ihm geradezu mit Gewalt[3]). So liegt demnach der wesentliche Unterschied zwischen der königlichen und der vorköniglichen Verfassung nach dieser Seite hin nur darin, daß dort die Wahl an ein einzelnes Geschlecht gebunden war, hier aber um dieselbe eine Mehrzahl sich gleichstehender Familien competirte, und der Uebergang zum Königthume bestand demnach nur in der Unterdrückung der übrigen edlen Geschlechter durch eines aus ihrer Mitte, ganz ebenso, wie die Ausdehnung der einmal erblich ge-

---

[1]) Lebendig tritt diese Thatsache in der Schilderung hervor, die Gregor. Turon. Hist. Franc. III. c. 14 von der Rebellion des Munderich gibt: Mundericus igitur, qui se parentem regium adserebat, elatus superbia ait: Quid mihi et Theuderico regi? Sic enim mihi solium regni debetur, ut illi. Egrediar, et colligam populum meum, atque exigam sacramentum ab eis, ut sciat Theudericus, quia rex sum ego sicut et ille. Et egressus cœpit seducere populum dicens: Princeps ego sum, sequimini me, et erit vobis bene. Sequebatur autem eum rustica multitudo, ut plerumque fragilitati humanæ convenit, dantes sacramentum fidelitatis, et honorantes eum ut regem.

[2]) In Schweden mußte der König sogar in allen einzelnen Landschaften seines Reichs sich einzeln wählen lassen! Vgl. Schlyter, Juridiska Afhandlingar I.

[3]) Einen interessanten Beleg für solche Vorgänge aus isländischen Quellen siehe in unseren Beiträgen zur Rechtsgeschichte des germanischen Nordens I. S. 108. Anm.

wordenen Bezirksvorsteherschaft über den gesammten Staat eine weitere Unterdrückung gegenüber den in anderen Bezirken mächtigen Häusern voraussetzte [1]). Bei diesem letzteren Schritte mochten dann Unterkönigthümer entstehen und eine Zeit lang sich erhalten, bis auch sie dem Uebergewichte des Einwaltkönigs weichen mußten; gerade solchen Vorgängen scheint aber der Stand der eorlas bei den Angelsachsen, der jarlar in Norwegen seine Entstehung zu verdanken. Von Königen aber zu sprechen, wo die Wahl des Volks noch an kein einzelnes Geschlecht gebunden, oder die durch Wahl ertheilte Würde gar eine zeitlich begränzte war, scheint uns dem Sprachgebrauche der Quellen gegenüber völlig unzulässig, und wir möchten selbst den Königsnamen, obwohl die Quellen zum Theil weiter gehen, dem absprechen, der, wenn auch erblich, doch nur einen einzelnen Bezirk eines größeren Staates regierte [2]).

Eben so unrichtig scheint uns aber auch, wenn Kemble das Königthum auf priesterliche und richterliche Functionen beschränken, und noch überdieß eine Trennung der verschiedenen in demselben liegenden Gewalten unter verschiedene Geschlechter als möglich annehmen will. Von Anfang an finden wir bei den Germanen die sämmtlichen Zweige der öffentlichen Gewalt, also die priesterliche, richterliche, administrative und militärische Gewalt, jederzeit in einer und derselben Hand vereinigt; wo eine Scheidung der einzelnen Thätigkeiten vorkommt, betrifft diese doch immer nur die unteren, rein technischen Organe, nie die höheren, leitenden. So ist insbesondere die Militärgewalt von Anfang an mit der civilen ver-

---

[1]) Darum treten auch, wenn vorübergehend die Abschaffung der königlichen Gewalt gelingt, sofort die subreguli bei den Angelsachsen genau ebenso an deren Stelle, wie bei den Longobarden die duces; Beda IV. c. 12, vgl. Paul. Warnefr. II. c. 32.

[2]) Am richtigsten im Sinne unserer einheimischen Quellen wäre wohl, wenn man mit Waitz als einziges Kriterium des Königthums dessen Erblichkeit festhalten, dann aber nicht nur zwischen Staaten mit und ohne Könige, sondern unter den ersteren noch weiter zwischen Staaten scheiden wollte, die einen Einwaltskönig, und solchen, die nur eine größere Anzahl von Bezirkskönigen an ihrer Spitze hatten. Die letzteren würden dann freilich den Staaten ohne Könige sehr nahe stehen, und es wäre anzuerkennen, daß in den römischen Berichten beide Verfassungsformen nicht genügend geschieden werden.

bunden, und wenn die ältere Verfassung für den Krieg nur vorübergehend einen Herzog wählen ließ, so handelt es sich dabei eben nur um die Nothwendigkeit eines vorübergehenden Oberbefehlshabers; unter dem Herzog führte jeder Bezirksvorsteher seine Mannschaft, und wenn im Königthume auch für den Frieden eine gemeinsame oberste Gewalt bestand, so verstand sich von selbst, daß dieser auch im Kriege der Oberbefehl zukam; wir wissen sogar, daß Völker, die, ne longa pace eorum resolveretur fortitudo, einen Heerzug beginnen wollen, sich einen gemeinsamen König erst wählen, weil die Regierung eines solchen energischere Kriegführung möglich macht [1]). Ebenso ist die priesterliche Gewalt mit der des Königs wie mit der eines jeden Bezirksbeamten wesentlich verbunden; eine eigene Priesterschaft, und allenfalls auch ein eigener Oberpriester als deren Haupt mochte daneben allerdings vorkommen [2]), aber sie hat den König nur in seiner priesterlichen Thätigkeit durch größere Fertigkeit im Ritual und in allem Technischen zu unterstützen; der König oder Jarl ist es, der noch nach den späteren nordischen Berichten bei den großen Opferfesten am Ding den Hochsitz einnimmt, den ersten Becher weiht und zuerst das Opferfleisch kostet. Ebensowenig als wir eine Beschränkung der königlichen Gewalt auf Priesterthum und Richteramt, oder eine Vertheilung der in derselben liegenden einzelnen Bestandtheile unter verschiedene Häuser zugeben können, vermögen wir uns aber auch mit der einseitigen Begründung des Königthums auf eine religiöse Basis zu befreunden, wie solche Kemble neuerdings wiederum versucht hat. Wir bestreiten natürlich nicht, daß ein religiöses und priesterliches Element neben dem richterlichen, administrativen und militärischen im Königthume gegeben war, und geben zu, daß diese verschiedenen Elemente wie in der ganzen Verfassung, so auch im Königthume sich ursprünglich weit inniger durchdrangen, als dieß später der Fall war; dieß berech-

---

[1]) Jordanes, de reb. Get. c. 29.

[2]) So stand neben dem burgundischen Könige, der den Titel Hendinos (Kindins, Anführer) führte, ein Oberpriester, welcher Sinistus (sinista, der Aelteste) hieß, Ammian. Marcellin. XXVIII. c. 5 §. 14; so hat der angelsächsische König Aedwy einen Oberpriester Namens Coifi; Beda II. c. 13.

tigt uns indessen nicht, eines aus jenen Elementen als das ursprüngliche oder vorwiegende den andern gegenüber zu stellen, und es ist eben so einseitig, wenn ein solcher Vorrang der priesterlichen Bedeutung des Königthums beigelegt werden will, wie wenn man einen solchen ihrer militärischen oder administrativen Gewalt beilegen wollte. Eben darum, weil das germanische Königthum nicht auf einer ausschließend religiösen Grundlage beruhte, konnte sich dasselbe später wesentlich ungeschmälert erhalten, als das Christenthum ihm seine priesterlichen Functionen entzog; selbst in Island, wo doch in Folge eigenthümlicher Umstände die Bezirkshäuptlingschaften besonders eng mit dem Tempeldienste verbunden waren, bestehen die Godorde in ihrer ganzen weltlichen Bedeutung unerschüttert fort, als das Volk vom alten zum neuen Glauben übergeht! Wir werden zudem noch Gelegenheit haben darauf hinzuweisen wie durchaus verkehrt es ist, dem altgermanischen Strafrechte im Großen und Ganzen einen religiösen Charakter beizulegen, wie vielmehr ein Sacralsystem nur in höchst untergeordnetem Maße in demselben sich geltend macht, während vorwiegend durchaus weltliche Motive dasselbe bestimmen; wir dürfen sogar behaupten, daß von einem ausschließlichen Priesterthum einzelner Geschlechter, die den Göttern näher gestanden wären als andere, keine Rede seyn könne, da schon Tacitus berichtet, daß jeder Hausvater für sein Haus die religiösen Functionen ebenso übte, wie der König oder princeps für den einzelnen Bezirk oder den ganzen Staat, und die nordischen Quellen uns zeigen, daß den öffentlichen Opferfesten des Volks Privatopfer gegenüber standen, bei denen der Hausvater ebenso von seinem Hochsitze aus präsidirte, wie der König bei jenen. Wenn endlich Kemble wieder, wie dieß von ihm selbst [1]) und von anderen schon so oft geschehen, die Stellung der Könige und des ganzen Adels auf deren Abstammung von den Göttern begründen will, so glauben wir für die Angelsachsen sowohl als für die übrigen Germanen eine solche Annahme entschieden ablehnen zu sollen. Richtig ist zwar, daß die edlen Geschlechter allerwärts ihre Stammtafeln auf die Götter

---

[1]) In dem angeführten Aufsatze im British and foreign Review S. 59—68, und vorher schon in seiner Abhandlung: Ueber die Stammtafel der Westsachsen (München 1836), S. 7—8.

zurückführen, wir möchten aber hierin eine Folge, nicht den Grund ihrer staatlichen Bevorzugung sehen; mit anderen Worten, wir glauben, daß das Volk die einmal gegebene höhere Stellung der edlen Geschlechter sich dadurch zu erklären suchte, daß es denselben einen göttlichen Ursprung zuschrieb, nicht aber daß es ihnen darum eine höhere Stellung einräumte, weil es an ihnen von vornherein eine besonders heilige Abstammung ehrte. Wo immer ein Volk Ausgezeichnetes, Schätzenswerthes, Ungewöhnliches vorfindet, für dessen Daseyn eine natürliche und insbesondere eine geschichtliche Erklärung ihm nicht bekannt ist, wird ja ganz allgemein zu einer sagenhaften Zurückführung auf eine unmittelbare Einwirkung göttlicher oder sonstiger übernatürlicher Wesen (Riesen, Zwerge, des Teufels u. s. w.) gegriffen, ohne daß wir doch hierin etwas anderes zu sehen hätten, als ein sagenhaft ausgeschmücktes Zugeständniß des Mangels aller geschichtlichen Nachrichten. Eben darum liegt auch kein Widerspruch darin, wenn das Bestehen der verschiedenen Stände überhaupt, oder der Ursprung des Volkes im Ganzen ganz ebenso von den Göttern abgeleitet wird, wie anderwärts die Existenz des einzelnen edlen Geschlechtes.

Aus dem Bisherigen erklärt sich übrigens leicht eine gewisse Zweiseitigkeit, welche sich in der Stellung des Königs noch in den älteren angelsächsischen Quellen geltend macht. Einerseits nämlich gehört der König dem edelsten Geschlechte des Landes an; er genießt demnach eines erhöhten Wergeldes, das aber dem der übrigen Angehörigen seines Geschlechtes und ursprünglich sogar dem der eorlas gleich ist, hat regelmäßig einen bedeutenden Privatbesitz u. dgl. Andererseits ist er aber zugleich der oberste Beamte des Staats, und ist insofern allen anderen Adeligen, und selbst den übrigen Angehörigen seines eigenen Hauses übergeordnet; darum wird für seine Tödtung neben dem Wergelde noch eine gleiche Summe als cynebot oder cynegild, d. h. Königsbuße oder Königsgeld, erlegt, ganz wie der ealdorman oder heahgerefa um seines Amtes willen höheres Wergeld und höhere Buße erhält, und zwar wird das cynegild an den Staat, der wer an die Verwandten des Königs erlegt [1]), — darum bezieht er als Vertreter

---

[1]) Ueber den Betrag des Königswergeldes siehe zumal Allen, Inquiry, S. 38—40 und 177—8, und Kemble I, S. 280—7.

des Volks den Ertrag der Staatsgüter, die Friedensgelder, soweit solche nicht geringeren Beamten oder Privatleuten zugewiesen sind, sammt dem Ertrage der Confiscationen, den Nachlaß und die Wergelder aller Fremden, die herrenlosen Güter einschließlich der gefundenen Schätze u. dgl. m. Nur auf die letztere Seite des Königthums beziehen sich die Symbole und Förmlichkeiten bei der Einsetzung eines Königs; nur aus ihr ergeben sich die eigentlichen königlichen Rechte des Heeresaufgebotes, der Handhabung von Recht und Frieden, vermöge deren der Volksfriede zum Königsfrieden wird, der Ernennung und Beaufsichtigung aller geistlichen und weltlichen Beamten, der Vertretung des Staates nach außen, der Erhebung von Zöllen, der Prägung der Münzen u. dgl., und ebenso scheint der Antheil des Königs an der Kriegsbeute, sein Recht, bei seinen oder seiner Leute Reisen Vorspann, Beherbergung u. dgl. zu fordern, sowie die Sitte, durch Ehrengeschenke denselben zu ehren, mit dieser Seite seiner Stellung zusammenzuhängen. Der Umstand, daß zwischen der physischen Person des Königs und seiner Stellung an der Spitze des Staats nicht gehörig geschieden wurde, hatte aber allerdings zur Folge, daß derselbe mit den ihm von dieser letzteren Seite aus zustehenden Rechten bald ebenso zu schalten sich angewöhnt, wie mit seinen Privatrechten, und daß die Ausbildung einzelner Wirkungen des Königthums nicht selten einen Weg einschlägt, der weder auf die öffentliche noch auf die privatliche Seite seiner Stellung sich ausschließlich zurückführen läßt. Das schlagendste Beispiel einer solchen Vermengung bietet der besondere Königsfriede in der Gestalt, welche derselbe im späteren angelsächsischen Strafrechte annimmt; der folgende Abschnitt wird uns Gelegenheit geben auf diese eigenthümliche Erscheinung einigermaßen einzugehen.

(Schluß folgt.)

Dr. K. Maurer.

XV.

Der Begriff der Justiz- und Verwaltungssachen.

1) Dr. K. Pöhlmann, über das Wesen der sogen administrativ-contentiösen Sachen mit besonderer Rücksicht auf Bayern. Würzburg 1853. 8. 71 S.
2) Dr. Lauk, Beitrag zur Lehre von den Gegenständen des Civilprocesses (im Archiv für praktische Rechtswissenschaft. Bd. II. H. 1. S. 1—14.).
3) H. A. Zachariä, vom Unterschied zwischen Regierungs- und Justizsachen (Deutsches Staats- und Bundesrecht, II A. B. II S. 86—110.).

§. 1.

Der Begriff der Justiz- und Verwaltungssache ist in der neueren und neuesten Literatur hauptsächlich darum so häufig und so vielseitig erörtert worden, weil man davon die Zuständigkeit zur Verhandlung und Entscheidung einer Sache und das dabei zu beobachtende Verfahren, also namentlich die Beantwortung der Frage abhängig machte, ob eine Sache vor die Gerichte oder vor die Verwaltungs- (Polizei- und Finanz-) Organe gehöre. Indem die Staatsgewalt jetzt fast in allen Staaten eigene Organe für für die Besorgung der Justiz, und eigene für die Verwaltung im engeren Sinn verordnet, will sie eine Gewähr dafür bieten, daß jeder Zweig der öffentlichen Thätigkeit nach seinem Princip, d. i. nach dem ihm eigenthümlichen Wesen behandelt werde. Es wird sich daher bei der Bestimmung des Unterschiedes zwischen Justiz- und Verwaltungssachen vorerst hauptsächlich darum handeln, zu ermitteln und festzustellen, worin das Wesen der Justiz und worin andererseits das der Verwaltung bestehe, um auf Grund dessen die einzelnen vorkommenden Sachen (causae) dem einen oder

andern Gebiet zuweisen, resp. vindiciren zu können, je nachdem sie dem dabei beabsichtigten Zweck nach sich zum einen oder anderen eignen. Es scheint uns dieses Verfahren richtiger als das von Z., der eine objective Verschiedenheit zwischen Justiz- und Verwaltungssachen behauptet, indem er den Satz aufstellt, Justiz- oder Rechtssachen seyen jene, welche nach rechtlichen Grundsätzen behandelt und entschieden werden müssen, Verwaltungssachen jene, „welche nach den Forderungen der factischen Nothwendigkeit, nach den Principien des Nutzens oder der Zweckmäßigkeit zu behandeln seyen." Darin scheint uns kein objectiver Unterschied zu liegen, und es ist wohl damit überhaupt nichts gewonnen, was den Streit über die Natur der Sachen zu lösen vermöchte. Die Frage, was ist Justiz- und was ist Verwaltungssache, wird nur in eine andere Fassung gebracht, und lautet jetzt: „Wann ist eine Sache nach Rechts-, wann nach Zweckmäßigkeitsgründen zu behandeln?" Ob nun der Abschnitt aus Z.'s Werk diese Frage in genügender Weise beantworte, wird sich später ergeben.

Eine irgend ausreichende positive Verfügung über die vorliegende Frage in in den Quellen unseres gemeinen Rechts nicht zu finden, wie dieses auch in den unter Nr. 2 und 3 genannten Abhandlungen ausdrücklich bemerkt ist. Die deutschen Partikularrechte haben sich zwar bei einzelnen Materien über die Frage erklärt, ob dieselbe als Justiz- oder als Verwaltungssache anzusehen und zu behandeln sey. Allein dieselben sind weder unter sich so übereinstimmend, daß sich daraus zur Zeit eine allgemeine deutsche Rechtsansicht ableiten ließe, noch auch an sich so erschöpfend, daß sie auch nur für den einzelnen Staat ausreichten und die gemeinrechtliche Theorie überflüssig machten.

§. 2.

Die unter Nr. 1 genannte Abhandlung, eine der Erstlingsarbeiten eines jungen Gelehrten, beschäftigt sich zwar hauptsächlich mit den s. g. administrativ-contentiösen Gegenständen, d. i. mit Sachen, bei denen die Ansichten über ihre Behandlung und Beurtheilung am weitesten auseinandergehen. Allein um zu einem sicheren Ergebnisse zu gelangen, mußte natürlich der Verfasser sich über den Grundsatz aussprechen, nach welchem das Gebiet der Justiz und

der Verwaltung überhaupt auszuscheiden und abzugränzen sey. Nach einer gedrängten kritischen Uebersicht über die bisherigen Versuche, das Wesen der Justiz- und der Verwaltungssachen zu bestimmen (S. 5—11), wendet er sich sofort zur Entwickelung seiner eigenen Ansicht. Diese läßt sich nun in folgenden Sätzen aussprechen: Der Mensch im Staat erscheine entweder als Glied desselben (Oberhaupt oder Unterthan), oder bloß als Private den anderen Personen im Staat gegenüber. Alles Gesetz im Staat regle demnach entweder die Verhältnisse der Einzelnen als solcher unter sich (die Privatrechte) oder das Verhältniß der Einzelnen zum Staat als solchem. Aus diesem Verhältniß entspringen dann öffentliche Rechte sowohl der Unterthanen als des Staatsoberhauptes — Hoheitsrechte. — Die letzteren Rechte lasse nun das Staatsoberhaupt durch verschiedene, einander coordinirte Behörden ausüben und gegenüber den Unterthanen zur Geltung bringen, und in der Erfüllung dieser Aufgabe können dieselben nicht durch etwaige Weigerung oder Bestreitung des Umfanges der öffentlichen Pflicht von Seite der Unterthanen gehemmt oder gehindert werden. Ein Recurs an die Justizbehörden mache die Staatsgewalt, von der sie bestellt sind, und in deren Namen sie handeln, von ihren Gerichten abhängig.

Irrig sey die Behauptung, der Richter habe nach dem Recht, der Verwaltungsbeamte aber nach der Zweckmäßigkeit zu entscheiden. Denn beide haben die Gesetze zu handhaben, nur in verschiedenen Richtungen; namentlich habe der letztere einerseits zu bestimmen, was Rechtens sey zwischen dem Staat und den Unterthanen als solchen, und das als Recht Erkannte geltend zu machen. Daß dabei vielfältig dem Ermessen der Administrativbehörden ein gewisser Spielraum gelassen werden müsse, innerhalb dessen sie die Rücksicht auf die Zweckmäßigkeit leite, sey richtig; allein die Gränze zwischen dem Rechtsgebiet des Staates und des Unterthanen sey immer durch die Gesetze bestimmt, und nur das sey der Verwaltung vielfach zur freien Erwägung im einzelnen Fall offen gelassen, ob und wie weit sie von dem Recht des Staates Gebrauch machen wolle. — Wenn man gegen die Verwaltungsbehörden den Vorwurf erhebe, sie seyen, indem sie Rechte des Staates geltend machten, Richter in eigener Sache, so sey dieß einerseits ungenau, indem sie ja Rechte des Staates, nicht

ihre Rechte verfolgten, ähnlich wie die Gerichte in Fiscalsachen und bei Competenzfragen gestellt wären, und andrerseits unvermeidlich, wenn man nicht der einen Staatsgewalt eine zweite als Controle bestellen wolle.

Der Polizei-Hoheit des Staates entspreche auf Seite des Unterthanen eine Beschränkung seiner Freiheit, eine Pflicht etwas zu thun oder zu lassen, die ihm im Interesse der Gemeinordnung oder des Gemeinwohles auferlegt sey. Daß diese Beschränkung im einzelnen Fall wirklich geltend gemacht werde, daran könne allerdings ein Einzelner oder eine Mehrzahl von Einzelnen ein Interesse haben, wenn die Erfüllung der Pflicht ihnen Vortheil bringe. Allein daraus erwachse für diese kein Recht gegenüber dem Verpflichteten, sondern es stehe ihnen nur zu, die mit Ausübung des staatlichen Rechts betraute Behörde zur Geltendmachung desselben aufzufordern. Dieses Recht, die Behörde aufmerksam zu machen, sowie die Befugniß gegen die Entschließung der unteren Behörden bei den höheren Stellen Beschwerde zu führen, stehe damit nicht im Widerspruch, indem das Interesse des Staates selbst dadurch gefördert und gesichert werde. Es liege daher in Fällen dieser Art kein Rechtsstreit zwischen Privaten vor. Die erste Anregung oder das spätere Hinzutreten von solchen sey etwas Unwesentliches; wesentlich sey nur die Behandlung der Sache von Amtswegen. Sobald das geltende Recht dem Staat gegen den Unterthanen als solchen ein Recht einräume, und es sich nur um Geltendmachung eines derartigen Rechtes handle, so seyen hiefür nach der Natur der Sache nur die Verwaltungsbehörden zuständig, die dabei in der Regel von Amtswegen zu handeln hätten, und deren Verfahren sich eben darum nicht nach den Normen des Civilprocesses, also nach der Verhandlungsmaxime, sondern nach der Untersuchungsmaxime richten müsse. — Daß die moderne Gesetzgebung in dieser Beziehung vielfältig anderen Grundsätzen huldige, als z. B. die römische, daß die erstere manche Uebelstände als gemeinschädlich ansehe, gegen welche die Behörden von Amtswegen einzuschreiten haben, wo die letztere nur eine Privatklage gewährte, [1]) das habe seinen Grund in den veränderten staatlichen

[1]) Als Beispiele dienen: die Klage auf Stellung der cautio damni infecti, die aquae pluviae arcendae actio und die operis novi nuntiatio.

und gesellschaftlichen Verhältnissen. Zu bedauern sey nur, daß die deutschen Particulargesetzgebungen noch an dem Mangel eines klaren und consequent festgehaltenen Princips der Ausscheidung leiden. Während man im vorigen Jahrhundert auch reine Polizeisachen durch die Gerichte und in den gerichtlichen Formen verhandeln ließ, fing man gegen Ende desselben an, die entgegengesetzte Bahn zu betreten und wahre Justizsachen, d. i. Streitigkeiten über Privatrechte, an die Verwaltungsbehörden zu verweisen. Erst die neueste Gesetzgebung beginnt wieder auf den richtigen Weg umzulenken, und die Zuständigkeit sowohl als das Verfahren nach klarer erkannten Principien zu regeln und die Anforderungen der Wissenschaft zur Geltung zu bringen. Die Zahl von reinen Civilsachen, die den Gerichten zuzuweisen wären, zur Zeit aber noch von den Verwaltungsbehörden behandelt würden, ist in allen deutschen Staaten in den letzten Jahren bedeutend vermindert worden, so daß das Gebiet der sogen. administrativ-contentiösen Sachen, wie der Verfasser S. 34 bemerkt, überwiegend aus reinen Administrativ-Sachen besteht.

Zum Schluß führt der Verfasser eine Reihe von Beispielen aus der bayerischen Gesetzgebung an, um an ihnen seine Auffassung deutlicher zu machen und zugleich darzuthun, daß dieselbe dem Wesen der Sache entspreche. Zu den reinen Verwaltungssachen zählt er z. B. polizeiliche Provisorien in Civilsachen, soweit es sich bloß um Aufrechthaltung der öffentlichen Ordnung und des Friedens handelt, die Frage wegen Zwangsabtretung von Grundeigenthum, abgesehen von der Entschädigung, Streitigkeiten über die Heimathberechtigung, bezüglich deren wir freilich mit der Erklärungsweise des Verfassers nicht übereinstimmen, wenn wir auch im Resultat ihm beitreten; [1]) zu den durch positive Satzung

---

[1]) Der Verfasser trennt die beiden Ausflüsse des Heimathrechtes. Das Recht auf Alimentation der Armen legt er (S. 50) dem Staat, das auf Wohnung in der Gemeinde dem Heimathberechtigten bei. Der Staat hat nun zwar das Recht, Gesetze zu erlassen über die Verbindlichkeit, verarmte Unterthanen zu alimentiren; aber wenn er dieses gethan hat, so räumt er doch nicht sich, sondern dem Armen ein Recht auf Alimente ein, abgesehen davon, daß eine solche Theilung des Heimathrechtes der Natur der Sache und z. B. auch dem bayerischen Heimathgesetz §. 5 zuwiderläuft. Das Heimathrecht als ein Ganzes

anomaler Weise den Gerichten entzogenen Sachen dagegen, z. B. provisorische Verfügungen bei Streitigkeiten über die Verbindlichkeit zur Baulast im Allgemeinen, sowie über die Größe des Beitrages bei Kirchen- und Pfarrhofbauten, die sogen. Cultursachen, insoferne der Verwaltungsbehörde die Befugniß eingeräumt ist, auch über Privatrechte zu verfügen u. a.

§. 3.

Das Princip, nach welchem P. die Gränze zwischen Justiz und Verwaltung zieht, erscheint uns als das einzig richtige. Die Verhältnisse der Einzelnen als solcher zu einander (die Privatrechte) bilden ihm den Gegenstand der Justiz, die aus dem Staatsverband fließenden Rechte und Pflichten (der Unterthanen als solcher sowie der Staatsregierung als solcher) den der Verwaltung. Dabei bleibt freilich das Gebiet der Criminaljustiz noch unbestimmt; allein darin liegt meiner Meinung nach kein Mangel, sondern eher ein Vorzug. Die beiden Gebiete der Justiz — die Civil- und die Criminal-Justiz — lassen sich nur dann auf das nämliche Princip zurückführen, wenn man dieses so allgemein und unbestimmt faßt, daß es ohne wissenschaftlichen und praktischen Werth ist. Die Gründe, aus welchen die Staatsgewalt ihr Strafrecht den Gerichten zur unabhängigen Ausübung überträgt, sind anderer Art, als bei der Civiljustiz. Die Gränze zwischen dem, was Sache der Strafjustiz und was Sache der Polizei sey, ist zudem in der Regel so genau durch das positive Recht festgesetzt, daß Zweifel und Streitigkeiten hierüber nur selten vorkommen. — Ob die Privatrechte ihre Grundlage in dem Civil- oder Verfassungsgesetz (im Privat- oder öffentlichen Recht) haben, ist dabei natürlich eben so unerheblich, wie die Frage, wer Subject eines Privatrechtes sey, ob der Staat selbst (als Fiscus) oder eine Corporation, oder ein Einzelner. Was die genauere Bestimmung des Begriffes der öffentlichen Rechte und Pflichten anlangt, so halte ich dieselbe für zu eng, wenn man, wie der Verfasser thut, nur die Beziehungen zum Staat als solchen für solche gelten lassen will. Auch die Verhältnisse zwischen der öffentlichen Corporation und den Einzelnen

---

ist eine Folge der Staatsangehörigkeit, dessen Subject der arme Inländer ist.

als Gliedern dieses wenn auch beschränkteren organischen Ganzen sind wohl zu den öffentlichen zu rechnen und gehören darum in der Regel zu den Verwaltungssachen. [1]) Unser Autor sucht, um sein scheinbar einfacheres System zu stützen, bei der Besprechung der aus dem Gemeinderecht angeführten Beispiele, z. B. bei Streitigkeiten über die Pflicht zu Gemeinde-Umlagen u. s. w., zu zeigen, daß hier nur entweder Verhältnisse der Einzelnen zum Staat als solchen oder reine Privatrechtsverhältnisse zwischen der Gemeinde und den Einzelnen vorliegen. Man kann seiner Ausführung großen Scharfsinn nicht bestreiten; allein es gebricht ihr einerseits an Klarheit und Consequenz, und sie widerspricht andererseits der Natur der Dinge und schließlich auch unserm positiven Rechte. So vermögen wir es weder klar noch consequent zu nennen, wenn der Verfasser einerseits der Gemeinde Selbständigkeit und das Recht der Selbstthätigkeit vindicirt (S. 60), also das Recht ihre Zwecke, d. i. die Zwecke einer Gemeinschaft nach freiem Ermessen zu verfolgen, und daneben den Satz stellt, die Gemeinde könne zu ihren Gliedern nur in privatrechtliche Verhältnisse treten (S. 61). Mit dieser letzteren Behauptung scheint uns ferner der Satz nicht vereinbar, daß den Gemeinde-Organen das Recht zukomme, über die Nothwendigkeit und Größe einer Gemeinde-Umlage zu beschließen (S. 58), wenn gleich von der gegentheiligen Theorie alle die üblen Folgen [2]) allerdings zu besorgen wären, die der Verfasser aufzählt (S. 59). Wenn man aber einmal diesen Folgen einen Einfluß auf die Beurtheilung gestattet, so weiß ich nicht, ob man es zweckmäßig finden könne, Streitigkeiten zwischen der Gemeinde und dem Gemeindeglied über die Frage, ob dasselbe und wie viel es beizutragen habe, vom Richter entscheiden zu lassen (S. 61).

---

[1]) In Bezug auf die Privatcorporationen geben wir den Satz von P. vollkommen zu.

[2]) Er bemerkt nämlich: „was wäre die Folge, wenn solche Differenzen zur richterlichen Entscheidung kämen? Eines der renitenten Glieder nach dem andern würde mit der Gemeinde über die Zulässigkeit der Umlage processiren, und der Zeitpunkt, wo die Umlage einmal erhoben werden könnte, wäre gar nicht zu bestimmen; ja noch mehr, in dem einen Processe würde vielleicht so, im andern anders entschieden, während es doch offenbar nur eine Sache ist und nur eine Entscheidung gestattet."

Daß die Darstellung des Verfassers der Natur der Dinge widerspreche, brauchen wir wohl des weiteren nicht auszuführen. Die moderne Staatslehre sieht übereinstimmend in den Gemeinden Organismen, denen eine öffentliche Macht, eine Gemeindegewalt über die Personen und Sachen ihres Bezirkes, ausgeübt unter der Aufsicht und Controle des Staates,[1]) daher namentlich ein dem Besteuerungsrecht des Staates analoges Recht, von ihren Mitgliedern Beiträge zu erheben, eingeräumt ist.[2]) Hiemit steht auch das positive bayerische Recht im Einklange. So bemerkt das Gemeinde-Edict ausdrücklich (§. 55), daß die sämmtlichen Gemeindeglieder dem Magistrat als dem Vorsteher der Gemeinde untergeben seyen, und stellt ihn in §. 56 unter die allgemeine Benennung einer Obrigkeit; daher wird ihm in §. 61 die Befugniß zuerkannt, die Umlagen anzuordnen und zu vertheilen u. s. w.

Von diesem Standpunkt aus werden namentlich die das Wahlstimmrecht und die Wählbarkeit für Gemeinde-Aemter betreffenden Angelegenheiten als Verwaltungssachen erscheinen, während sie der Verfasser entweder einfach den Gerichten überweisen oder irgend einen künstlichen Ausweg suchen müßte, um darin ein Verhältniß des Staatsunterthanen als solchen zum Staat zu finden.

Geringeres Gewicht lege ich auf eine zweite Erinnerung, welche ich gegen die P.'sche Abhandlung noch zu machen habe. Er wendet die Bezeichnung „administrativ-contentiöse Sachen" auf alle Fälle an, wo die Verwaltungsbehörden über die Rechtsanwendung verhandeln und entscheiden, mögen diese Fälle wahre Verwaltungssachen seyn und daher ihrem Wesen nach dahin gehören, oder mögen sie an sich als Justizsachen erscheinen und nur durch positive Bestimmung den Verwaltungsbehörden übertragen seyn. Ich würde es vorziehen, die Fälle der letzteren Art, da sie ja wesentlich anderer Natur sind als die ersteren,

---

[1]) Nach dem Verf. (S. 59) hätte die Curatel vorzüglich die Aufgabe, dafür zu sorgen, daß die einzelnen Glieder mit Umlagen nicht überladen werden, und darin findet er einen Grund, Streitigkeiten darüber dem Richter zu entziehen. Allein wir können weder diese Auffassung der Curatel noch die daraus gezogene Folgerung als richtig anerkennen.

[2]) Vgl. z. B. Schmitthenner, allg. Staatsrecht S. 402, der die Gemeinde mit einer öffentlichen Gewalt gegen ihre Mitglieder ausstattet, und Bluntschli, allg. Staatsr. S. 661 ff.

auch mit einem besonderen Namen und zwar gerade mit dem, den der Verfasser für alle gebraucht, zu benennen. Dadurch gewinnt die theoretische Erörterung und die praktische Auffassung an Klarheit und Bestimmtheit, wenn das Anomale auch als solches ausgesondert wird. Daß die Vermengung der beiden Kategorien überhaupt nicht bloß theoretische Bedenken gegen sich habe, sondern auch praktische, dafür brauche ich nur anzuführen, was der Verfasser selbst (S. 26) über das Verfahren beibringt. Nur wenn eigentliche Verwaltungs-Angelegenheiten den Gegenstand desselben bilden, ist der Untersuchungsproceß gerechtfertigt. — In den Fällen der ersteren Art ist der Ausdruck streitige und nichtstreitige Verwaltungssachen vollkommen entsprechend und ausreichend.[1])

§. 4.

Dasselbe Princip, von dem P. bei der Scheidung zwischen Justiz und Verwaltung sich leiten läßt, liegt auch der unter Nr. 2 genannten Abhandlung von L. zu Grunde; nur die dem Privatrechtsgebiet anheimfallenden Individualrechte der Staatsgenossen gehören zur Justiz. Bei genauerer Begränzung dieses Gebietes hebt sie namentlich hervor, daß es nicht als richtig bezeichnet werden könne, wenn man es als Erforderniß der Competenz erkläre, daß ein Gegner im entgegengesetzten Interesse betheiligt sey. Für die Entscheidung in der Sache könne dieser Umstand erheblich werden, nicht aber bezüglich der Competenz, Wenn dabei Acte der Regierungsgewalt zur Sprache kommen, so können diese der richterlichen Cognition nur insofern unterstellt werden, als es sich von deren Einfluß auf das Privatrecht handle, die Acte als solche bleiben ihr entrückt. Der Ausspruch des Gerichtes könne dabei nie auf Annullirung des Actes, sondern nur dahin gehen, entweder daß die an sich begründeten Privatrechtsverhältnisse des Actes ungeachtet bestehen, oder auf Entschädigung für die verletzten oder entzogenen Privatrechte.

Worin Z. den Unterschied zwischen Justiz- und Verwaltungssachen erblicke, haben wir schon oben (§. 1) erwähnt, und dabei bemerkt, es werde sich fragen, ob H. ein Princip gefunden habe,

---

[1]) Vergl. die Bemerkungen in Seuffert's Commentar zur bayer. Gerichtsordnung, II. A. B. I. S. 167 Note 80, welcher ebenfalls für unsern Sprachgebrauch sich erklärt.

nach dem sich von Anfang an bestimmen lasse, wann eine Sache nach Rechts- und wann nach Zweckmäßigkeitsgründen zu behandeln und zu entscheiden sey. Dieses Princip formulirt er (S. 93) in folgender Weise: „Eine Rechts- oder Justizsache sey im Allgemeinen überall anzunehmen, wo es sich um das (bestrittene) Daseyn oder den Umfang eines Rechtes im subjectiven Sinn, um die nothwendigen Voraussetzungen seiner Ausübung oder um die Bestimmung der rechtlichen Folgen einer Gesetzesverletzung handle." Zur genaueren Bestimmung dieser Regel fügt er noch bei, daß es gleichgültig sey, ob der Gegenstand der Beurtheilung dem öffentlichen oder Privatrechte angehöre, ferner ob es sich um die Wiederherstellung eines schon verletzten Rechtszustandes oder resp. die dafür zu leistende Entschädigung, oder um die rechtlichen Bedingungen eines bevorstehenden Eingriffes handelt, sowie endlich, ob der Urheber der Verletzung oder des Eingriffs ein Unterthan im Verhältniß zu einem andern Unterthan sey, oder der Staat selbst durch die für ihn thätigen Organe. Auch der Umstand ist bei der Allgemeinheit des Satzes unerheblich, wer Subject eines Rechtes ist, ob der Staat als solcher oder ein Unterthan, und wer dem Berechtigten als Verpflichteter gegenüberstehe, ob ebenfalls der Staat, oder ein Einzelner, wie dieses vom Verfasser schon an einem früheren Ort (S. 90 und Note 4) erwähnt ist.

Stellt man hiernach die Begriffsbestimmung Z.'s in ihren beiden Bestandtheilen zusammen, so lautet sie: „Eine Justiz- oder Rechtssache ist diejenige, welche nach den geltenden rechtlichen Grundsätzen behandelt und entschieden werden muß." — Dieses ist aber der Fall, wenn es sich um das Daseyn oder den Umfang eines Rechts im subjectiven Sinne ꝛc. . . . . handelt." In diesem Sinn ist also dem Verfasser die Rechts- und Justizsache identisch, wobei wir freilich im Zweifel bleiben, was ihm als das wesentliche und primäre Element in seinem Begriff erscheint — ob der Gegenstand der Beurtheilung oder die Beurtheilungsnorm. Wir wollen aber dieses Bedenken auf sich beruhen lassen, und nur einige Worte über die Folgen des Begriffes, wie ihn Z. für die Justizsache insbesondere aufgestellt hat, zum Schluß anfügen.

a) Zuvörderst ist dieser Begriff so allgemein und unbegränzt, daß fast keine Angelegenheit des öffentlichen und Privatverkehrs übrig bleibt, welche nicht zu den Justizsachen gezählt werden

könnte. So müßte das Recht der Staatsregierung Steuern zu erheben, insofern z. B. sein Umfang oder die Bedingungen seiner Ausübung bestritten werden, als Justizsache behandelt werden; denn es ist ein Recht im subjectiven Sinn, das auf positiven Rechtsgrundsätzen beruht. [1]) Wenn Z., um diesem Einwand zu begegnen, behauptet, die Frage über die Nothwendigkeit und Zweckmäßigkeit der Ausübung einer Regierungshandlung, sowie der Hoheitsrechte überhaupt sey nur nach factischen Verhältnissen, nicht nach Rechtsgrundsätzen zu beantworten, so verweisen wir vor allem auf das, was wir über diesen Punkt oben aus P. angeführt haben, und geben zu, daß bei vielen Regierungshandlungen, insbesondere im Gebiet der Polizei die Frage, ob sie nothwendig oder zweckmäßig seyen, einem ziemlich unbeschränkten Ermessen der thatsächlichen Verhältnisse anheimgegeben sey. Allein dieses gilt doch immer nur bezüglich der einzelnen Acte, nicht in Bezug auf das Hoheitsrecht im Allgemeinen; denn Z. lehrt selbst, daß die Ausübung der Staatsgewalt und der einzelnen Zweige derselben nach dem Inhalt des Verfassungs- und Regierungsrechtes des betreffenden Staates zu geschehen habe (B. I S. 292). Bezüglich der Finanzhoheit ist aber der Satz von Z. wohl am wenigsten richtig. Die Ausübung derselben sowohl im Ganzen als im Einzelnen ist durch genaue gesetzliche Normen geregelt. Der Verfasser ist zwar der Meinung, daß dann, wenn jemand behauptet, er sey bei einer Abgabe in der Bestimmung seines Antheils über die Gebühr belastet, keine nach Rechtsgrundsätzen zu entscheidende Frage vorliege (B. II S. 101 Note 14); allein dieser Meinung vermögen wir in dieser Allgemeinheit nicht beizutreten. Es wird wohl darauf ankommen, was der angeblich Ueberbürdete zur Rechtfertigung seiner Beschwerde anführt, ob er z. B. bloß einen Irrthum in der Schätzung oder Vermessung behauptet, oder ob er alle thatsächlichen Verhältnisse als wahr anerkennt und nur die Richtigkeit der Gesetzesanwendung bestreitet. Im letzteren Fall ist die Frage nur nach Rechtsgrundsätzen zu entscheiden. — Auch der Richter, der in einem Civilrechtsstreit zu entscheiden hat, läßt sich vor allem die Thatsachen, von denen die

---

[1]) Es gibt deutsche Particularrechte, z. B. das Frankfurter, in welchen dieser Satz auch anerkannt ist.

Entscheidung abhängt, beweisen, muß sie, wenn sie bewiesen sind, richtig auffassen und unter das positive Recht subsumiren. Man kann daher von ihm mit demselben Recht, wie von der Steuerbehörde sagen, er entscheide den Proceß nach Maßgabe der thatsächlichen Verhältnisse; bei beiden handelt es sich um eine Anwendung von Rechtssätzen auf gewisse thatsächliche Verhältnisse, so daß die Anwendung überhaupt und die Art der Anwendung von der Beschaffenheit der letzteren bedingt ist.

Daß die staatsbürgerlichen Rechte, wenn ihr Daseyn oder ihr Umfang oder die Bedingungen ihrer Ausübung bestritten werden, in Gemäßheit des obigen Begriffes zu den Justizsachen zu zählen wären, wird wohl kaum bestritten werden können.

b) Die Feststellung des Begriffes der Justiz- und Verwaltungssachen soll den Wirkungskreis der Gerichte einerseits und der Verwaltungsbehörden andererseits bestimmen, wie dieses auch Z. an einem späteren Ort seines Lehrbuches (S. 240) ausdrücklich zugesteht, indem er bemerkt, daß die Gerichte die Frage, ob im einzelnen Fall eine Justizsache vorliege, nach den früher aufgestellten Principien zu beantworten haben, sofern nicht particularrechtliche Normen etwas anderes bestimmen. Dazu aber ist der Begriff von Z. nicht geeignet. Denn darnach würde auch die gesammte Polizei-, Finanz- und Militär-Verwaltung, insoweit dabei nach Rechtsgrundsätzen verfahren wird, resp. insofern irgend welche subjective Rechte dabei bestritten werden, den Gerichten überlassen werden müssen. — Der Verfasser gibt freilich seinem Begriff in der Anwendung eine engere Deutung, indem er eine Reihe von einzelnen Verhältnissen durchgeht, und an ihnen zu zeigen sucht, ob sie als Justizsachen zu behandeln seyen oder nicht. Aus diesen Bemerkungen (S. 96—103) scheint insbesondere hervorzugehen, daß Z. nur die streitigen Privatrechte als Justizsachen behandelt wissen wolle, ohne daß er sich über diese Beschränkung seines Begriffes bestimmt ausspräche. So z. B. bemerkt er

α) die Frage, ob der Staat berechtigt gewesen sey ein gewisses Gesetz zu erlassen, könne nicht als Justizsache betrachtet werden. Von dem Standpunkt des Verfassers aus müssen wir die Folgerichtigkeit dieses Satzes in großen Zweifel ziehen. Nachdem er jedes subjective Recht, gleichviel wem es zustehe, und ob der Berechtigte einem Gericht untergeordnet sey oder nicht (s. S. 90

und Note 4), wenn sein Daseyn oder Umfang oder die Bedingungen seiner Ausübung streitig werden, als Justizsache erklärt, so kann auch das Recht des Gesetzgebers hievon keine Ausnahme machen; sein Recht kann aus staats- und völkerrechtlichen Gründen bestritten werden, und es ist daher auch eine Justizsache, solange man den allgemeinen Begriff von Z. festhält.

β) Die Befugniß des Regenten Specialgesetze zu erlassen, sowie jene der öffentlichen Behörden innerhalb ihres Zuständigkeitskreises Verfügungen zu treffen, kann nicht bloß, wie der Verfasser will, Veranlassung zu einer Justizsache werden, insoferne die Frage entsteht, ob dadurch ein widerrechtlicher Eingriff in die Privatrechtssphäre eines bestimmten Subjects begangen sey, sondern sie ist, soferne ihr Daseyn oder ihr Umfang oder die Bedingung ihrer Ausübung bestritten wird, selbst eine Justizsache; denn sie kann nur nach rechtlichen Grundsätzen beurtheilt und entschieden werden.

Diese Beispiele werden hinreichen, um zu beweisen, daß Z. seinem Princip über das Wesen der Justizsachen selbst nicht treu geblieben sey; er findet es nöthig, sein Princip in der Anwendung auf die einzelnen Verhältnisse, und zwar so zu modificiren, daß er am Schluß seiner Ausführung bei dem Satz anlangt: „Streitigkeiten zwischen Privatpersonen über ihr gegenseitiges Verhältniß zu einander sind immer Justizsachen, insofern es sich dabei um die Ausübung eigener Rechte derselben handelt."

In dieser Fassung ist die Theorie von Z. der unsrigen ziemlich nahe gerückt; der Fehler derselben liegt aber immer darin, daß diese einzelnen Sätze von Z. nicht consequente Folgerungen aus seinem Princip, sondern Modificationen desselben sind. Diese Modificationen finden aber ihre Rechtfertigung nur dann, wenn man die Grundsätze als richtig anerkennt, welche wir oben bei Besprechung der Pöhlmann'schen Abhandlung kennen gelernt haben, zu welchen sich auch die Mehrzahl der Schriftsteller in der neuesten Zeit bekennt, [1])

---

[1]) Außer den Autoren unter Nr. 1 und 2 vgl. noch Bluntschli, allgem. Staatsr. S. 498 ff. Wenn Z. (S. 101 Note 14) bemerkt, er könne sich die Theorie B.'s nicht aneignen, weil sie für die bloß zweifelhaften Fragen gar keine Entscheidungsnorm gebe, wie schon daraus hervorgehe, daß B. hier kein anderes Auskunftsmittel als den Competenzconflict anzugeben wisse, womit materiell über die Frage gar nichts

und von denen gegenwärtig die Gesetzgebung bei der Ordnung der Competenzverhältnisse vorherrschend geleitet wird. Daß dabei noch Schwankungen und auch wohl Abweichungen vorkommen, darf nicht befremden, wenn man erwägt, daß auch die Theorie weder über den Begriff im allgemeinen, noch über die einzelnen Consequenzen desselben vollkommen einig ist.

Als eine für die Läuterung der Begriffe und für die Vermittlung zwischen Theorie und Praxis höchst zweckmäßige Anordnung müssen wir die Bestimmung des bayerischen Gesetzes über Competenz-Conflicte vom 28 Mai 1850 (Art. 8) erwähnen, der zufolge die Erkenntnisse des Senats des obersten Gerichtshofes, der bei Conflicten zwischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden zu entscheiden hat, mit Entscheidungsgründen in öffentlicher Sitzung verkündet und im Regierungsblatt bekannt gemacht werden müssen. Zwar beschränkt sich die Wirksamkeit jedes erlassenen Erkenntnisses auf den einzelnen Fall, der den Conflict veranlaßte. Allein die Motive, auf welche die Entscheidung gestützt wird, weisen von selbst darauf hin, in welchen anderen Fällen der oberste Gerichtshof ein gleichlautendes Urtheil erlassen werde, und es wird sich

---

bestimmt sey, so scheint uns diese Bemerkung auf einem Mißverständnisse zu beruhen. Bl. gibt allerdings eine Entscheidungsnorm zur Bestimmung der Gränze zwischen Justiz und Verwaltung. Da nun diese wie jede andere Norm in ihrer Anwendung auf die einzelnen Fälle zweifelhaft und streitig werden kann, so erörtert er die Grundsätze über die Art und Weise der Entscheidung des Streites über die Competenz, Grundsätze, wie sie auch unser Auctor (B. II S. 255 ff.) zu entwickeln für nöthig erachtet.

Gerber's Aeußerung (über öffentliche Rechte S. 43 Note 1): er müsse die Ausschließung aller öffentlichen Rechte als solcher von der gerichtlichen Geltendmachung, sofern sie aus rechtswissenschaftlichen Gründen gefordert werde, für einen vollständigen Irrthum ansehen, läßt uns über die Gründe, worauf der angebliche Irrthum beruht, im ungewissen, und wir bedauern dieses um so mehr als G. im Verlauf der Darstellung (S. 99) zugibt, daß sich von allen staatsrechtlichen Befugnissen der Unterthanen zu der der gerichtlichen Verfolgung von Privatrechten analogen Selbständigkeit keine außer dem politischen Wahlrechte und dem Recht, Mitglied der Ständeversammlung zu seyn, eigne, und auch diese nur unter der Voraussetzung ihrer Gestaltung als Individualrechte (Anknüpfung an gewissen Grundbesitz u. s. w.). Aus dem letzteren Satz scheint uns hervorzugehen, daß G. doch unserer Meinung beipflichte.

hoffentlich in Bälde über Fragen der Art ein Gerichtsgebrauch bilden, wenn nur der Gerichtshof selbst in seinen Entscheidungen folgerichtig handelt. [1])

Pözl.

[1]) Eine übersichtliche Zusammenstellung der Entscheidungen des obersten Gerichtshofes über die Gränzen der civilgerichtlichen und administrativen Competenz s. bei Brater, Sammlung von principiellen Erlassen der Staatsbehörden, Jahrg. 1853 S. 81 ff. Hier sind die leitenden Principien, auf welche der Gerichtshof sein Erkenntniß gebaut hat, möglichst bestimmt und kurz ausgesprochen, und dadurch der Grund zur Bildung einer constanteren Praxis gelegt.

XVI.

Der Geist des preußischen Privatrechts

in Vergleichung mit dem römischen, österreichischen und französischen Recht, von Otto Plathner, königl. preuß. Stadtgerichtsrath. 2 Bde. Berlin 1854.

Dem Geist des preußischen Privatrechts nur eine kurze Anzeige: das möchte man fast für ein crimen laesae maiestatis halten. Wir wollen ihm darum etwas mehr als eine kurze Anzeige widmen, obwohl sich bald ergeben wird, daß es zur Signatur des Geistes dieses „Geistes des preußischen Privatrechts" nicht großen Aufwands bedarf.

Als guter Patriot geht der Verfasser von einem bekannten Axiom aus: „Preußens Mission in der Geschichte ist unverkennbar. Vorzugsweise der Staat der Intelligenz hat es in intelligenter Weise voranzuschreiten in stetiger reformatorischer Entwickelung", obwohl er bedauerlich gesteht, es habe dieß in der Neuzeit mehrfach verabsäumt, und habe ihm, das durch die Energie Friedrichs des Großen als Großmacht unter die Staaten Europa's gestellt worden, „oft ein energischer leitender Willen gefehlt", wofür der Verfasser, wenn er jetzt erst schriebe, vielleicht auch in der allerneuesten politischen Constellation Europa's einen Beleg finden würde. Er glaubt aber, der namentlich seit dem Jahr 1848 zum Bewußtseyn seiner Einheit gekommene Staat werde, wie er bereits ein Strafgesetzbuch erhalten, so auch ein einheitliches Privatrecht beanspruchen. Nun gelten aber in seinem Gebiet nebeneinander das allgemeine Landrecht, „ein Erzeugniß deutschen Geistes", und

der Code Napoleon, „ein Product romanischen Geistes.“ Er will daher dazu beitragen, daß man den wesentlichen Unterschied beider Gesetzbücher klar erkenne, und, indem er auch das österreichische bürgerliche Gesetzbuch, ebenfalls ein Erzeugniß deutschen Geistes, in die Erörterung hineinzieht, möglichst anschaulich darlegen: „worin der wesentliche Unterschied des deutschen und romanischen Geistes und speciell die Eigenthümlichkeit des allgemeinen Landrechts besteht.“ So denkt er der drohenden Gefahr, „daß die rheinländische auf den Geist des Code Napoleon basirte Auffassungsweise des Rechts das Uebergewicht erlange über den Geist des allgemeinen Landrechts“, entgegenzuwirken. Zwar gibt er zu, daß die Rheinprovinzen in politischer Entwickelung den altländischen Provinzen, wie überhaupt die romanischen Nationen, soweit es sich um das Praktische des Lebens handle, den rein germanischen Nationen voraus seyen, daß daher das formelle Verfahren der Strafgerichte auf der Grundlage der in den Rheinlanden geltenden Gesetzgebung habe neugeschaffen werden müssen; aber das materielle Recht der Germanen, behauptet er, stehe dem materiellen Recht der Romanen voraus, und „das allgemeine Landrecht ist von allen Gesetzbüchern das dem deutschen Geist am meisten entsprechende.“

So bezeichnet der Verfasser in der Einleitung den Zweck und die Aufgabe seines umfangreichen Buches, das sich jedoch, wie dieß der Verfasser unter Nr. I. als ersten allgemeinen Gesichtspunkt für sein Werk angibt, nur auf die Erörterung derjenigen Vermögensrechte beschränken soll, „welche der Mensch vermöge seiner Eigenschaft als abstracte Person hat,“ mit Ausschließung der familienrechtlichen Verhältnisse, des Vormundschaftsrechts, des Erbrechts und auch mit Ausschließung der Frage: — „in wie weit eine Leibesfrucht oder eine menschliche Geburt überhaupt menschliche Rechte, namentlich Erbrecht hat.“

Zu näherer Charakteristik dienen dann noch folgende allgemeine Gesichtspunkte:

II. „Das strenge Recht und das wirkliche Recht,“ ein von Hegel entlehnter Gegensatz, verwandt dem des strictum ius und dem quod ex aequo et bono oder pro communi utilitate receptum est.

III. „Die Wirksamkeit des moralischen Princips.“ Hier finden sich unter Benutzung einiger Hegel'scher Sätze von ziemlich pro-

blematischer Wahrheit folgende geistreiche Gedanken ausgesprochen: Aus der Eigenthümlichkeit der romanischen Nationen, als welche aus einer Mischung der römischen und germanischen Welt hervorgegangen, erklärt sich, „warum das Recht dieser Nationen sich dem römischen Recht mehr anschließt, als das Recht der rein germanischen Nationen," und speciell, „weßhalb im Code Napoleon das moralische Princip minder wirksam ist als im allgemeinen Landrecht." Denn dieses Princip hat zwar schon im neuern römischen Recht eine durchgreifende Einwirkung gewonnen, ist aber im modernen Recht zu einer noch durchgreifenderen Wirksamkeit gelangt, und das ist eine Wirkung des modernen Geistes; es ist aber „der germanische Geist der Geist der neuen Welt," also natürlich in den rein germanischen Nationen das Princip der Moralität am mächtigsten. Sodann: die Moralität und das Gewissen gehört nach Hegel, nebst der Liebe, dem Romantischen und dem Zweck der ewigen Seligkeit des Individuums, zu den näheren Gestaltungen des Christenthums! und durch die Reformation wurde dem christlichen Princip „seine Wahrheit und Wirklichkeit zuerst gegeben;" Preußen ist „vorzugsweise der protestantische Staat," und „Friedrich der Große war ein philosophischer König, wie er in neuerer Zeit nie wieder gesehen wurde; er faßte das protestantische Princip von der weltlichen Seite auf;" da nun dieser Friedrich das allgemeine Landrecht anfertigen ließ, so ergibt sich mit Nothwendigkeit: „Gerade im allgemeinen Landrecht findet sich der Geist des Protestantismus, folgeweise also auch die eine wesentliche Seite desselben, das Princip der Moralität, mehr ausgebildet als in irgend einem andern Gesetzbuche, namentlich auch mehr als in dem zwar neuern aber auf katholischem Boden erwachsenen österreichischen Gesetzbuch."

Verlangt jemand noch mehr Geist? Er lese unter

IV. „die allgemeine Charakteristik des römischen Rechts und der neuern Gesetzbücher", insbesondere deren Schluß:

„das allgemeine Landrecht ist in seinen Grundzügen ein wahrhaft deutsches, ein wahrhaft preußisches Gesetzbuch."

„Als ein wahrhaft deutsches Gesetzbuch beurkundet es sich namentlich durch die in ihm enthaltene, der Auffassung des deutschen Rechts entsprechende Lehre von den dinglichen Rechten, und als ein wahrhaft preußisches durch die dem protestantischen Geist

entsprechende Lehre von der Wirkung des guten und bösen Glaubens."

„Das österreichische Gesetzbuch . . . schließt sich nach seinem Inhalt im Wesentlichen dem allgemeinen Landrecht an. Als Gesetzbuch für die deutschen Erbländer der Monarchie enthält es namentlich die deutsche Auffassung bezüglich des dinglichen Rechts, und gegen das allgemeine Landrecht tritt es vornehmlich nur dadurch in Gegensatz, daß es ein Gesetzbuch der österreichischen, also einer wesentlich katholischen Monarchie ist. Denn"

— so spricht der Geist —

„darauf beruht es, daß der gute und böse Glauben in ihm nicht zu einer so umfassenden Wirksamkeit kommt, wie im allgemeinen Landrecht!"

„Omne, quod non ex fide, peccatum est," sagt der Apostel Paulus, und nach ihm der heilige Augustinus. Dieser aber war bekanntlich unter den Kirchenvätern wie jener unter den Aposteln der Liebling Luthers, in dessen Lehre die „sola fides" einen wichtigen Platz einnimmt. Und Friedrich der Große war der weltliche Luther. Was natürlicher als daß in dessen Gesetzbuch die fides nach der weltlichen Seite erst recht zur Geltung gekommen? Zwar hat schon Papst Innocenz der Dritte, der einigermaßen im Ruf des Ultramontanismus steht, von jenem Satz in weltlicher Beziehung Gebrauch gemacht (cap. 20. X. de praescript. 2. 26. cap. 13. X. de rest. spol. 2, 13.), und ein Recht, das absque mortali peccato non potest observari, für verwerflich erklärt. Aber was hindert anzunehmen, daß jener Papst, sich selbst unbewußt, in diesem Punkt nur ein Vorbote der Reformation gewesen? Zwar hat in neuester Zeit ein Oesterreicher (Unger, über den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für Sachsen, S. 115 fg.) gegen den protestantischen Gesetzverfasser das canonische Erforderniß fortdauernden guten Glaubens bei der Ersitzung in Schutz genommen. Aber Sachsen ist ja nicht „der vorzugsweise protestantische Staat;" sein Herrscher ist ein Katholik; wie leicht könnte dieser hier eine bedenkliche Herrschaft über das protestantische Bewußtseyn ausgeübt haben? Und hat nicht eben ein katholischer Mitarbeiter dieser kritischen Ueberschau (I. S. 379.), den Standpunkt unvollkommener Herrschaft des moralischen Princips behauptend, den genannten Schriftsteller zu widerlegen versucht?

Daß auch der Gesetzverfasser für das überwiegend protestantische Großherzogthum Hessen diesem Princip nicht vollaus huldigt, kann vollends nichts verschlagen; denn dieser arbeitet sichtbar unter starkem Einfluß der moralisch unvollkommenern romanischen Gesetzgebung! Diese Umstände können also nicht irre machen an der Thesis:

daß das moralische Princip erst in dem vorzugsweise protestantischen Staat zur vollen Geltung gekommen, somit erst im preußischen Landrecht „der gute und der böse Glauben" zur umfassendsten Wirksamkeit gelangt ist.

Wahrlich, wär's nicht so verdammt gescheidt,
Man wär' versucht, es herzlich dumm zu nennen.

Das allgemeine preußische Landrecht ist ein Werk, von dem man ungeachtet seiner anerkannten Mängel nur mit großer Achtung sprechen darf; es ist ein Erzeugniß deutschen beharrlichen Fleißes und gründlicher Rechtskunde; eine kolossale Geistesarbeit, wir erkennen es mit unserm Collegen gern an, ist darin niedergelegt, und diese Gesetzgebung, der erste umfassende Versuch dieser Art in Deutschland, bleibt immer eine große That, würdig eines großen Königs. Aber mit solchen Phrasen, wie die oben gerügten, macht man in den Augen der Kundigen, wenn nicht das Werk, so doch sich selbst lächerlich. Es ist auch wahr: die Verfasser des Landrechts zeigen durchgängig ein redliches Streben, der Unredlichkeit entgegenzutreten und den Forderungen der Billigkeit („des wirklichen Rechts") zu entsprechen; es ist darin auch häufiger als in einem andern neuen Gesetzbuch von gutem und bösem Glauben die Rede. Aber dieses kommt zum Theil daher, daß es überhaupt, und nicht immer glücklich, mehr casuistisch ins Einzelne eingeht, zum Theil daher, daß es mehr als das gemeine Recht mit dem bloßen Besitzerwerb besondere rechtliche Wirkungen verknüpft, die es dann freilich durch guten Glauben bedingt. In allen wichtigen Beziehungen hat es den Anforderungen des Sittengesetzes, so weit sich's im Rechte gebührt, wesentlich nicht mehr entsprochen, als sie in der Theorie des gemeinen Rechts schon vor ihm sich geltend gemacht hatten, und in manchen Beziehungen zeigt sich im canonischen Recht der Gesichtspunkt des Sündhaften noch übermächtiger über die juristischen Rücksichten als dort. Wenn z. B. das Landrecht die Verjährung von Schuldforderungen durch das unredliche

Bewußtseyn der noch fortdauerden Existenz derselben ausschließt, so ist dieß nichts anderes als die vernünftiger Weise allein mögliche Construction des Rechtssatzes, welcher auf Grund des canonischen Rechts in der Theorie des gemeinen Rechts lange Zeit fast allgemein anerkannt war, daß auch zur Verjährung der Schuldklagen bona fides erforderlich sey. Wenn übrigens andere Gesetzbücher in solchen Punkten abweichen, so liegt darin nicht sofort ein Verkennen des Sittlichen, sondern es kann auf rechtspolitischen Erwägungen beruhen, die auch guten Grund haben, und zu weit gehendes Bestreben, durch das Recht den Forderungen der Sittlichkeit zu genügen, kann, wie löblich die Absicht sey, dem Erfolg nach doch eben so zweckwidrig sich erweisen als das übermäßige Bestreben der preußischen Gerichtsordnung, überall das materielle Recht zu schützen, längst für zweckwidrig erkannt worden ist.

Eine Wirksamkeit des moralischen Princips erkennt unser Verfasser (I. S. 193) unter andern auch darin, daß nach Erfüllung eines wegen Mangels der Form nichtigen Vertrags derjenige, welcher bei dem Vertrag beharren will, als Empfänger in gutem Glauben, der wortbrüchige als Empfänger in bösem Glauben behandelt werden soll: bei welcher Gelegenheit der Verfasser dem römischen Recht mit Unrecht das Unrecht aufbürdet, daß es wegen Nichtigkeit des Geschäfts eine Rückforderung des Geleisteten überall nicht gewähre. Hier möchte man aber fragen, wohin denn das moralische Princip gerathen sey, wenn das Landrecht gestattet, den Vertrag (über 50 Rthlr.) zu brechen, weil er nicht schriftlich abgeschlossen worden, obwohl man eingesteht, ihn mündlich geschlossen zu haben? Da scheint der romanische Gesetzgeber moralischer zu seyn, indem er zwar den Beweis durch Zeugen ausschließt, aber den eingestandenen mündlichen Vertrag zu erfüllen nöthigt, des Oesterreichers zu geschweigen, der eine so weit greifende Formbestimmung gar nicht aufstellt. Dagegen könnte man vollends ernstlichen Zweifeln an der Herrschaft des moralischen Princips in den legislativen Conceptionen des großen Urhebers der preußischen Gesetzgebung Raum geben, wenn man sich erinnert, wie er durch ein Edict vom Jahr 1770 schriftliche Errichtung der Verträge über 50 Rthlr. unter so strenger Androhung der Nichtigkeit vorschrieb, daß nach einseitiger Erfüllung des mündlichen Vertrags, bei Verweigerung der Gegenleistung, nicht einmal eine persönliche

Klage auf Rückerstattung des Geleisteten, sondern nur die Eigenthumsklage, und auch diese bei beweglichen Sachen nur gegen den Empfänger selbst binnen sechs Monaten stattfinden, gezahltes Geld überall nicht zurückgefordert, der Miether ohne Ersatz des vorausbezahlten Miethzinses sollte verdrängt werden oder umgekehrt, ohne für die verflossene Miethnutzung etwas zu zahlen, wieder abziehen können u. s. w. Erst nach elf Jahren, in Folge lebhafter Beschwerden von Unterthanen und Gerichten, fand sich der Gesetzgeber bewogen, dieses zu mildern, und im wesentlichen so zu bestimmen, wie es im Landrecht näher ausgeführt ist (Ulrich's Arch. für preuß. Recht I. S. 135 fg.). Das ist doch ein Beweis, daß auch Friedrich der Große rechtspolitischen Erwägungen, die nicht von ängstlich moralischen Rücksichten geleitet waren, im Privatrecht bedeutenden Einfluß einzuräumen fähig war.

Doch wir wollen dem Verfasser seinen guten Glauben nicht rauben. Aber auch in dem, was er von der Deutschheit des Landrechts, namentlich im Gegensatz gegen den Code Napoleon sagt, ist einiges schief und schielend. Vor allem ist für das heutige Frankreich nicht wahr, was der Verfasser voraussetzt, daß das Recht der romanischen Nationen sich enger an das römische Recht angeschlossen habe, als das Recht unseres rein germanisch gebliebenen deutschen Vaterlandes, insbesondere jener nördlichen Mark desselben, deren Boden das Landrecht entsprossen ist. Nur von den südlichen Provinzen Frankreichs kann das gesagt werden. In den nordfranzösischen Landen hat bekanntlich das römische Recht niemals eine so durchgreifende Herrschaft erlangt, als es in dem eigentlichen Deutschland, in Berlin selbst, der Fall war, und gegenwärtig noch in einem Winkel des preußischen Staates an der Ostsee der Fall ist. Dort galten bekanntlich Gewohnheitsrechte (coutumes), die, nur nach und nach in Schrift gefaßt, ihrem Ursprung nach wesentlich in germanischem Rechtsboden wurzelten, und ehe die große Revolution eine Masse von Rechtsverhältnissen mittelalterig-germanischen Ursprungs mit einemmale weggeschwemmt, hatte das Recht jener Lande im Ganzen ein weit germanischeres Angesicht als das der Marken unseres Vaterlandes. Weiter aber ist bekannt, daß, abgesehen von dem sogenannten droit révolutionaire, das Recht von Nordfrankreich, vor allem die coutume de Paris einen überwiegenden Einfluß bei der Abfassung

des Code Napoleon ausgeübt hat. Nur das Obligationenrecht, mit Ausnahme des darin untergebrachten contrat de mariage, ist wesentlich römisch, weil in diesem Theil des Rechts auch dort schon früher das römische Recht als raison écrite ausgedehnte Herrschaft gewonnen hatte. Die Verfasser des Code haben sich's darin ziemlich bequem gemacht, indem sie großentheils aus Pothier, zum Theil, namentlich in Betreff der Form und des Beweises der Verträge, aus älteren Ordonnanzen abschrieben. Aber eben das Obligationenrecht ist bekanntlich auch der Theil des römischen Rechts, welcher, obwohl durch den nicht germanischen, sondern mittelalterig-europäischen Grundsatz der Klagbarkeit formloser Verträge wesentlich modificirt, am entschiedensten auch im deutschen Recht und in neuern deutschen Gesetzgebungen Eingang gefunden hat, wovon nur das preußische Recht durch das weitgreifende Gebot schriftlicher Abfassung der Verträge bedeutend, und zwar nicht zu Gunsten des moralischen Princips, abgewichen ist.

Was die dinglichen Rechte betrifft, so sind es hauptsächlich drei Punkte, welche hier näher zu betrachten sind:

1) Die Uebertragung des Eigenthums im allgemeinen. Darin weicht das französische Recht bekanntlich am weitesten vom römischen Recht ab, indem es nicht Uebergabe der Sache dazu erfordert, sondern den Veräußerungsvertrag dazu als genügend gelten läßt.

2) Die Vindication beweglicher Sachen. In dieser Beziehung hat wiederum der Code Napoleon gerade den deutschrechtlichen Grundsatz bis zur äußersten Consequenz getrieben, in dem bekannten Satz: En fait des meubles la possession vaut titre. Das preußische Recht huldigt darin nicht etwa einem festen germanischen Rechtsprincip, sondern sucht nur nach freier Erwägung und von Klugheitsrücksichten geleitet durch einige Beschränkungen der römischen Eigenthumstheorie den Anforderungen des heutigen Rechtsverkehrs zu entsprechen (vgl. krit. Ueberschau I. S. 379 fg.).

3) Der Erwerb des Eigenthums und so auch anderer dinglicher Rechte an Grundstücken, insbesondere das Erforderniß der Eintragung desselben in öffentliche Bücher. Das letzte wird im österreichischen Gesetzbuch (§. 425. 431.) klar und bestimmt aufgestellt. Auch für das preußische Recht wird es von unserm Verfasser (I. S. 423) gleicherweise behauptet. Er führt jedoch

selbst an, daß dieses wenigstens Jahre lang nicht die Ansicht des preußischen Justizministeriums war, daß auch selbst neuere Verordnungen nicht damit übereinstimmen; er bezeichnet und bedauert dieß als „eine Consequenz des in unser Recht eindringenden Romanismus." Und das Justizministerium hatte Recht: so behaupten wir, ohne den Vorwurf des eingefleischtesten Romanismus zu scheuen. Wenn das allgemeine Landrecht (I. 10. §. 7) sagt:

„Der im Hypothekenbuch eingetragene Besitzer wird in allen mit einem Dritten über das Grundstück geschlossenen Verhandlungen als der Eigenthümer angesehen,"

und §. 8.

„Wer mit einem solchen eingetragenen Besitzer in dergleichen Verhandlungen sich einläßt, dessen Befugnisse kann so wenig der nicht eingetragene Eigenthümer, als der, dessen Recht nur von diesem sich herschreibt, anfechten;"

sodann §. 9.

„Vielmehr bleiben dem nicht eingetragenen Eigenthümer wegen des ihm daraus entstehenden Nachtheils seine Rechte zur Schadloshaltung nur gegen den eingetragenen Besitzer nach gesetzlichen Bestimmungen vorbehalten;"

so ist nach allen Gesetzen der Logik unbestreitbar, daß es auch solche Eigenthümer, die nicht eingetragen sind, voraussetzt, also den Erwerb des Eigenthums ohne Eintrag nicht ausschließt. Auch ist es positiv falsch, wenn der Verfasser (S. 426) sagt, der nicht eingetragene Erwerb sey nach dem Landrecht „ohne alle Wirkung in Beziehung auf Dritte." Nicht überhaupt „in Beziehung auf Dritte" ist jener Erwerb unwirksam, sondern nur in Beziehung auf diejenigen, welche durch Verhandlung mit dem eingetragenen Besitzer ein Recht erworben haben. Folge davon ist, daß jeder Erwerber das erworbene Eigenthum verliert, wenn ein Dritter kraft der Einräumung des eingetragenen Besitzers als Eigenthümer eingetragen wird, und daß er ebenso andere von jenem eingeräumte dingliche Rechte anerkennen muß; aber erworben hatte er das Eigenthum. Und auch jene Wirkung tritt nicht ein, wenn der Dritte das Recht des nicht eingetragenen Eigenthümers kannte; denn alsdann macht sich (nach unserm Verf. I. S. 459)

das moralische Princip gegen ihn geltend. Ob es an sich angemessen sey, dem Eintrag in das öffentliche Buch nur diese beschränkte Bedeutung beizulegen, darüber kann man streiten; unbestreitbar aber ist es, daß das wirklich die Theorie des allgemeinen Landrechts ist; und daß sich für deren Rechtfertigung auch innere Gründe anführen lassen, die nicht ohne weiters durch den Vorwurf des Romanismus zu beseitigen sind, ist in dieser Zeitschrift I. S. 369 schon berührt worden.

Nach französischem Recht ist nun allerdings der Erwerb der dinglichen Rechte an Grundstücken oder dessen volle Wirksamkeit in keiner Weise durch Eintragung in ein öffentliches Buch bedingt; es bildet darin einen entschiedenen Gegensatz gegen die beiden deutschen Gesetzgebungen. Vor der Revolution aber war dieß nach mehrern nordfranzösischen Provincialrechten (in den sogenannten pays de nantissement) allerdings der Fall, so bestimmt und ausgebildet, wie nur nach wenigen damals geltenden deutschen Particularrechten, und in dem Hypothekengesetz vom Jahr 1798 wurde es als allgemeines Recht für ganz Frankreich festgesetzt. Auch in dem Entwurf des Code civil war eine solche Bestimmung aufgenommen, in ihrer Fassung unbefriedigend, ihrer Tendenz nach wesentlich übereinstimmend mit dem Grundsatz des allgemeinen Landrechts. Für Schenkung von Immobilien ist sie auch im Code civil (Art. 939 fg.) beibehalten, im allgemeinen aber wurde sie bei der Berathung des spätern Titels „von den Hypotheken" verworfen und dafür nur der Art. 2182 beliebt, wornach die Transcription des Erwerbacts kein besseres Recht gibt als dem Erwerber auch ohne sie zustand, und dieser auch gegen später erst von dem frühern (eingetragenen) Eigenthümer dritten Personen eingeräumte Rechte geschützt ist, wenn er nur seinen Erwerb durch eine Urkunde mit sicherem (früherem) Datum zu belegen vermag. Wer in den betreffenden Verhandlungen nachliest, wird sich überzeugen, daß es nur nüchtern praktische Bedenken gegen die Zweckmäßigkeit jener Bestimmung, zum Theil veranlaßt durch deren unbefriedigende Redaction, waren, welche die Verwerfung derselben veranlaßt haben. Es dem im Code Napoleon überhaupt vorherrschenden romanischen Geist zu imputiren, ist ein leeres Gerede. Man thäte überhaupt besser, mit diesen Volksgeistern im Recht etwas weniger Spuk zu treiben. Das ganze Hypothekenwesen in seiner heutigen

Gestalt, mitsammt seinem Einfluß auf die dinglichen Rechte, kann man nur halbwahr als ein Erzeugniß germanischen Geistes bezeichnen. Unsere guten Vorfahren haben sich nicht so viel mit der Schrift abgegeben, noch derselben einen so entscheidenden Einfluß auf ihre wichtigsten Vermögensverhältnisse beigemessen. Zwar ist es richtig, daß sich die Verbuchung des Grundbesitzes an die altdeutsche gerichtliche Auflassung anknüpft, und gerade in ältern französischen Rechten ist es erkennbar, wie mit der sogenannten investitura allodialis die Führung von Grundbüchern in Verbindung trat. Aber es ist vielleicht keine zu gewagte Vermuthung, daß die letzten ursprünglich einen historischen Anknüpfungspunkt in der römischen Steuerverfassung und den damit in Verbindung stehenden Grundbesitzregistern (capitastra) hatten, eine Institution, die namentlich in Gallien genau ausgeführt war. Und andererseits ist die neuere Gestaltung des Hypothekenwesens, insbesondere auch des preußischen, mit seiner vorherrschenden Tendenz auf Herstellung einer realen Sicherheit für Capitalforderungen, keine specifisch germanische aus eigenthümlich germanischer Auffassung des dinglichen Rechts hervorgegangene Rechtsinstitution, sondern eben eine moderne Einrichtung, ein Product verständiger Erwägung der Anforderungen und Bedürfnisse unseres heutigen Rechtslebens.

Nach dem Bisherigen können wir dem vorliegenden Buch nicht nachrühmen, daß es seinem Titel entspreche und die Aufgabe, die sich der Verfasser setzt, erfülle. Gleichwohl wollen wir ihm damit nicht allen Werth absprechen. Es ist eine fleißige Zusammenstellung des Inhalts der verglichenen Gesetzgebungen, in einer freilich nicht sehr übersichtlichen systematischen Ordnung. Die Einrichtung des Buches ist die, daß es in einzelnen §§. die Grundsätze des Landrechts aufstellt, und dazu in einleitenden und nachfolgenden Anmerkungen die entsprechenden Sätze des römischen Rechts und der andern Gesetzgebungen herbeizieht und sämmtlich kritisch bespricht, nicht selten auch mit geschichtlichen Andeutungen zu beleuchten sucht. Obwohl uns darin manche offenbare Fehlgriffe aufgestoßen sind, so zeigt sich doch in diesem Detail der Verfasser als einen kenntnißreichen und scharfsinnigen Juristen, der auch gegen Mängel der Gesetzgebung, welcher er huldigt, nicht blind ist; wir können ihm nicht das Prädicat eines tüchtigen und gründlich gebildeten Rechtskenners versagen, der gewiß seinen Platz in einem

Richtercollegium sehr gut ausfüllt. Aber der Zauberstab, womit man den Geist einer Gesetzgebung an das helle Tageslicht hervorzutreten zwingt, steht ihm nicht zu Gebot, und um erfolgreich in die Verhandlung solcher allgemeiner Fragen der Zeit einzugreifen, muß er sich vor allem erst des Hegel-Preußenthums entledigen, das ihm noch, wie ein Spuk aus fast verklungenen Zeiten, solche allgemeine geisterhafte Phrasen einbläst, wie wir sie zu Anfang dieser Anzeige dem Leser zum Besten gegeben haben.

Dr. Arndts.

XVII.

Kurze Anzeigen.

17) Die Compensation nach römischem Recht mit Rücksicht auf die neueren Gesetzgebungen, dargestellt von Dr. Heinrich Dernburg, Privatdocent zu Heidelberg.[1]) Heidelberg, Verlag von Bangel und Schmitt. 1854. (32 Bog. 8.)

Wenn der Verfasser dieses Buches von seinem Werke mit dem Wunsche „daß man es nicht ganz ohne Nutzen für die Wissenschaft finden möge" Abschied nimmt, so machen wir mit der Bemerkung, daß es ihr sehr ersprießliche Dienste leistet, den Anfang. Vor allem wird dieß die praktische Jurisprudenz anerkennen. Ihr zu dienen, hatte er sich als Hauptaufgabe gestellt (§. 38) und was einer hierin mit einemmale thun konnte, hat er gethan. Denn sieht man auf die Anordnung des Ganzen, so bildet das praktische Recht der Compensation den Schluß- und Haupttheil des Buches, welchem die historischen und dogmatischen Untersuchungen vorbereitend ihre Resultate zuführen. Sieht man auf diesen Haupttheil selbst, so ist die darin angesammelte, nicht aus eigener Erfindung, auch nicht einzig aus dem Corpus Juris, sondern viel mehr noch aus deutscher und französischer Praxis geschöpfte Casuistik, ganz abgesehen von dem Werth ihrer Entscheidungen, hoch anzuschlagen; so vielfältige, ex facto entnommene Quästionen waren bisher an Einem Ort noch nicht zusammen-

---

[1]) Jetzt Professor in Zürich.

gestellt, und darum das Bedürfniß, sich über die Vordersätze schlüssig zu machen, noch niemals so sehr ans Licht gestellt. Was aber die Vordersätze, von denen Vf. ausgeht, oder seine historischen und dogmatischen Resultate anlangt, so ist auch diese Untersuchung reicher als irgend eine frühere; ob auch richtiger, darüber lassen wir einen andern entscheiden: einmal deßwegen, weil der Vf. darin fast durchgängig zum Gegentheil von dem gelangt ist, was der Schreiber dieser Zeilen zwar vor längerer Zeit, aber so ernstlich angenommen hat, daß er auch jetzt noch dafür in die Schranken treten möchte und auch demnächst treten wird; dann aber deßwegen, weil hier nur bezweifelt, nicht begründet werden könnte. Hat doch neulich ein Correspondent aus München (λ) in der Augsburger Abendzeitung diese Zeitschrift so geistreich mit einer Ständeversammlung verglichen, in der — und er hat uns und unseres Gleichen Mitwirkung gemeint — keine Pandektenstellen erörtert werden dürfen.

Um aber das wichtigste von des Verfassers Vordersätzen wenigstens anzuführen: entscheidender für das praktische Recht der Compensation ist nichts als was man von dem „ipso iure compensari“ denkt. Vf. sieht darin den Schlußpunkt einer historischen Entwickelung, die darauf hinausging, daß die Compensation, anstatt in richterliches Ermessen, zum Recht der Partei gestellt und erhoben wurde. Uranfänglich ist alle Compensation richterliches Ermessen: selbst die in b. f. judiciis; das b. f. judicium hat seine Gegenseitigkeit nicht von jeher; der Compensationszwang gegen den Argentarius und den bonorum emtor sind die ersten vereinzelten Fälle des Compensations r e c h t e s; die exceptio doli zu Gunsten der Gegenforderung in str. j. judiciis ist anfänglich gleichfalls nur arbiträr, und erst dann zum Recht der Partei geworden posteaquam placuit inter omnes ipso iure compensari. Denn dieses heißt nichts anderes als daß die Parteien nun ein R e c h t zur C. hätten, was damit, daß es ope exceptionis geltend gemacht wird, wohl vereinbar ist. Eine Verallgemeinerung der Argentarier-Compensation ist verwerflich; verwerflich vor allem des Recensenten Meinung, daß per exceptionem doli niemals compensirt werden konnte. Man muß es dem Verfasser danken, daß er auf diesen, auch noch bei Keller zweifelhaften Punkt, im Dickicht der Quellen gesammelt hat; es gilt, wo nicht Justinians, so doch

Theophilus vielfach gekränkte Ehre. Wie gerne wollen wir diesem Abbitte thun, und unser logisches, auch einiges juristische Bedenken aufopfern, wenn uns Verfasser durch seine Stellen nur recht gründlich überzeugt hat. Wo nicht, so bekommt es wieder Wahrscheinlichkeit, daß die Wechslerklage verallgemeinert werden mußte, um die Schroffheit der exceptio doli zu beseitigen, und die Phrase *ipso* jure compensari möchte ohnehin etwas mehr sagen wollen als *jure* compensari (im Gegensatz zu arbitrio judicis).

Indessen, was immer für einen Gegensatz der Verfasser dem „ipso jure compensari" gegenüber denkt: das wichtigste und befriedigendste ist, daß er darin keine von selbst eintretende Aufhebung der sich deckenden Gegenforderungen sieht; auch keine Compensation, die dann von selbst eingetreten ist, wenn der Gegner compensirt haben will. Es ist dieß einer der wenigen Punkte, in dem Verfasser auf unsere Seite tritt. Da aber einige sichere Erscheinungen im Compensationsrechte ganz so aussehen, als ob Forderung und Gegenforderung von selbst getilgt würden (Aufhören des Zinslaufes, condictio indebiti wenn gezahlt statt compensirt ist): wie reimt dieß Verfasser mit seinen Grundsätzen zusammen? Auf diese Frage konnte Verfasser nicht behutsam genug antworten, wiewohl wir, wenn endlich einmal ein sicherer und schlichter Ausdruck für dieses Verhältniß gefunden wäre, vielleicht auch für das prometheische ipso jure compensari ein bannendes Wort fänden. Ob der Verfasser jene Behutsamkeit angewendet, lassen wir für jetzt dahingestellt; die Auskunft aber, die er auf unsere Frage gibt, findet sich am bündigsten in §. 30: „Jede peremtorische Einrede — und eine solche sey die Compensationseinrede — macht die Forderung, der sie gegenübertritt, von diesem Augenblick an unwirksam, falls sich der Einredeberechtigte ihrer bedient." (Jede peremtorische Einrede nur, falls sich der Einredeberechtigte ihrer bedient?) Aber fällt hiemit der Verfasser nicht in die Rolle derer zurück, welche sagen, daß die Compensationseinrede dann von selbst eintrete, wenn der Schuldner compensirt haben wolle? Und wenn er dann in praktischer Anwendung seines Satzes z. B. in dem Falle, wo **A** dem **B**, dann **B** dem **A**, und dann wieder **A** dem **B** schuldig wird, meint, daß **A** nur gegen die erste Forderung des **B** compensationsberechtigt sey: ist

ihm sein Einredrecht nicht vielleicht doch schon fester als recht ist an die Gegenforderung angewachsen?

Bz.

18) Criminallerikon. Nach dem neuesten Stand der Gesetzgebung in Deutschland bearbeitet von Dr. Ludwig von Jagemann und fortgesetzt von Wilhelm Brauer. Erlangen, Ferd. Enke, 1852—54. 7 Hefte gr. 8. mit 8 S. Vorrede und 718 doppelspaltigen S. Text.

Das Criminallerikon ist das Werk zweier Autoren. Der Begründer desselben starb, nachdem er den Buchstaben F vollendet; von da an übernahm die Fortsetzung und Vollendung Ministerialrath W. Brauer, der Freund und, wenn wir nicht irren, Amtsgenosse des Verstorbenen; es sind keine Anzeigen vorhanden, daß der eine oder andere bei seiner Arbeit Gehülfen beigezogen habe.

Man hat es schon öfter erlebt, daß literarische Unternehmungen, welche von der rechten Hand angelegt und angefangen waren, bei der Fortsetzung an unzulängliche Kräfte gerathen sind. Hier haben wir den umgekehrten Fall. Ohne den Verdiensten im mindesten zu nahe treten zu wollen, welche sich der verewigte Jagemann durch eigne literarische Leistungen und durch die von ihm auf die Bahn gebrachten Zeitschriften um die Strafrechtspflege erworben hat, und unbeschadet des aufrichtigen Bedauerns, welches dem unerwarteten Hingang des rastlos thätigen, im kräftigsten Lebensalter abgerufenen Mannes gebührt, muß man doch dem Buche gegenüber der Wahrheit die Ehre geben und offen aussprechen, daß dasselbe das Bild jenes Horazischen Verses in umgekehrter Weise darstellt: urceus coepit institui, amphora exit, oder wenn eine andere Anspielung erlaubt ist, daß uns zuerst der Fisch und dann die menschliche Gestalt vorgeführt wird: so stark ist der Unterschied, welcher sowohl im Plan als auch hinsichtlich der Durchführung desselben zwischen der ersten und zweiten Hälfte des Werkes zu Ungunsten der ersteren hervortritt.

Das Criminallerikon ist, wie wir aus der Vorrede des Begründers ersehen, nicht für Gelehrte im engeren Sinne (?) berechnet; „denn diese unternehmen vielmehr die Lösung jeder Frage, die ihr Interesse in Anspruch nimmt, auf dem streng kritischen Weg, und gehen dabei auf die Urquellen (!) zurück;" es soll den

Praktikern dienen; es soll diesen „einen kurzen und doch für ihre Zwecke ausreichenden Ueberblick der legislativen und scientifischen Ergebnisse über die ihnen im täglichen Geschäftsdrange aufstoßenden Fragen verschaffen," und zwar ist es hiebei „auf die Darstellung der Hauptergebnisse der doctrinellen Erörterung sowie der Criminalpolitik und der vergleichenden Jurisprudenz" abgesehen.

Der Inhalt der Artikel entspricht diesem Programm nur sehr unvollständig. Sie enthalten in der That nichts anderes als eine Paraphrase des traditionellen Lehrstoffs des gemeinen deutschen Strafrechts, wie derselbe in einer Reihe von Darstellungen jedermann zugänglich ist, nur noch etwas breiter getreten und mit Combinationen bereichert, die sich jedem von selbst darbieten. Die neuere Gesetzgebung kömmt nicht weiter zur Berücksichtigung, als daß jedem Artikel gleichsam ein Büschel Citate aus den Gesetzbüchern hinten angesteckt wird; ein Versuch, aus den letztern ein Gesammtbild des gegenwärtigen Rechtszustandes abzuziehen, tritt nirgend zu Tage. — Vollends principlos ist die Bearbeitung der strafprocessualischen Materien ausgefallen. „Weil die neuen strafprocessualischen Schöpfungen noch nicht vollkommen feststehen, vielmehr einer baldigen Totalreform entgegenzugehen scheinen," so hat der Verfasser seine Darstellung theilweise aus dem (alten) gemeinen, theilweise aus dem französischen Recht schöpfen zu müssen geglaubt.

Immerhin konnte auch die Lösung einer so begränzten Aufgabe ihr eigenthümliches Verdienst haben; wir sind weit entfernt, einer geschmackvollen tüchtigen Darstellung des überlieferten gemeinen Rechtsstoffs, sey es auch in alphabetischer Zerstückelung, ihren Werth abzusprechen. Zu seinem Bedauern muß aber Ref. dem Werke auch diese Legitimation seiner Existenz absprechen. Man sieht es den Artikeln nach Form und Inhalt fast durchgehends an, daß sie auf den ersten Anlauf niedergeschrieben sind; keine Spur tieferer Studien, sorgfältiger Feile, sondern quicquid in buccam. Der Dürftigkeit der Gedanken entspricht die Nachlässigkeit und Lahmheit der Darstellung, welche sich vergebens hie und da mit abgetragenen Phrasen aufzuputzen sucht.

Dazu kömmt, daß uns fast in jedem Artikel Ungenauigkeiten und Unrichtigkeiten begegnen. Wir geben Belege, wie sie uns bei zufälligem Aufblättern unter die Hand kommen. Wir lesen S. 11 den Art. „Abirrung des Verbrechens." Kein Wort von dem Unter-

schied der beiden hieher gehörigen Fälle, des einen, wenn trotz der Abirrung ein vollendetes doloses Verbrechen vorliegt, des andern, wenn der bewirkte Erfolg nur zur Culpa zuzurechnen ist. S. 11 „Ablation." Hier werden wir zu unserer Verwunderung belehrt, daß die s. g. Ablationstheorie die einzig richtige sey, „indem sie nicht nur die Kundgebung des bösen Vorsatzes, sondern auch eine Handlung fordert, welche den unrechtmäßigen Gewinn derselben (?) sichern soll" — während doch die gemeinrechtliche Doctrin im Einklang mit der neueren Gesetzgebung die Vollendung des Diebstahls schon in die Besitzergreifung setzt. — Ein paar Seiten weiter überrascht uns eine ganz neue Definition von Absicht: „Darunter versteht man diejenige Modalität des strafgesetzwidrigen Willens, vermöge deren der Unternehmer durch das Verbrechen einen bestimmten Vortheil zu erreichen sucht." — Ueber den Affect wird „der Praktiker" dahin belehrt, daß er „ein in dem Grad gesteigertes Gefühl sey, daß ein dabei (?) begangenes Verbrechen gelinder angerechnet werden muß als ein sonstiges (?) Verbrechen." — Die Analogie S. 39 wird ihm „als eine Art Gesetzesauslegung" erklärt, „welche außerdem noch auf grammatischem und historischem Weg geschehen kann!"

Zur Erheiterung des Lesers mögen noch einige Proben von Redeblumen, sowie von historischen Rückblicken hier stehen, wie sie sich ebenfalls ohne viel Suchen dem Ref. darbieten. — Unter d. W. Abbüßung wird ein Bericht über die von Fichte aufgestellte Abbüßungstheorie mit den Worten eingeleitet: „In der s. g. jüngsten Blüthezeit des philosophischen Geistes in Deutschland tauchte u. a. die s. g. Abb. Th. im Strafrecht auf." Eine Theorie, die auftaucht, und Fichte als Repräsentant der jüngsten Blüthezeit der Philosophie! — Die „Abbildung" wird als „eine von den Formen" erklärt, „wie durch geistige Eindrücke Verbrechen verübt werden." Gegen „die nur grammatische Auslegung (S. 71) spricht schon der allgemeine Satz, daß der menschliche Geist sich nie sklavisch in seinen Functionen beherrschen läßt," während „die logische Interpretation nach allgemeinen Denkgesetzen im Zw. herzustellen sucht, was der Gesetzgeber festzusetzen Willens war." Die alten unsaubern Controversen über die Vollendung der Unzuchtverbrechen werden mit der edlen Wendung erwähnt: „wenn früher die scholastische Weisheit (!) in das Geheimniß

sträflicher Geschlechtsvertraulichkeit so tief eindringen zu müssen glaubte" u. s. w.

Hat diese Art von criminalistischem Euphemismus ihr Seitenstück an dem Tiefsinn des Prinzen Zerbino, so erweckten die eingestreuten historischen Rückblicke in dem Ref. unwillkürlich die Erinnerung an die ergötzlichen Proben, welche in der Biographie von A. Heise aus den rechtsgeschichtlichen Vorträgen des alten Gambsjäger mitgetheilt werden. So wenn wir u. d. W. Aberglauben folgendes lesen: „Im Alterthum sowohl, namentlich bei den Römern, als im Mittelalter und bis in das vorige Jahrhundert herab, richtete die Gesetzgebung ihr Augenmerk zum Schutz der herrschenden Religion insbesondere auch auf die Verbreitung (?) von Aberglauben unter dem Volk; darunter ist jedoch nur der Aberglauben verstanden, welcher kein Auswuchs aus der Kirchenlehre (!) selbst wäre, wie solcher überall und zu jeder Zeit häufig vorkam, sondern ein aus fanatischen (!) Sagen und Meinungen abgeleiteter Glaube ohne Halt in der Schrift oder in geheiligten Traditionen." — U. d. W. Anzeigung erfahren wir, „daß es im alten deutschen Recht unzulässig war, auf Anzeigungen eine Verurtheilung zu bauen, sondern es waren hiezu directe Beweismittel, nämlich Geständnisse oder die Aussage von zwei Zeugen erforderlich!" — Zur Zeit des Erscheinens der Bambergensis (S. 77) „war der deutsche Strafproceß durch den Einfluß der verschiedenartigsten Mächte und Bedürfnisse so entartet und verwildert, daß bei allen redlich Gesinnten das Verlangen einer neuen gesetzlichen Ordnung nur entschiedener hervortrat" u. s. w.

Diese Proben mögen von dem Berufe des Verf. zu seinem Unternehmen ausreichendes Zeugniß geben. Es ist schwer abzusehen, was den Praktikern mit den drei ersten Heften gedient seyn soll, wenn man nicht etwa dieselbe Meinung von ihnen hegt, welche Ref. einen bequemen Professor, der nicht selten unvorbereitet auf den Katheder kam, einmal hinsichtlich der Studenten aussprechen hörte, „man müsse nur zureden, den jungen Leuten sey alles nützlich."

Es gereicht dem Referenten zum Vergnügen, diesem ungünstigen Urtheile über die erste (kleinere) Hälfte des Werkes das Lob der zweiten (größeren) anfügen zu können. Hier haben wir einen klaren Plan und eine im ganzen gelungene Durchführung des-

selben. Der Verfasser will das gegenwärtige gemeine Strafrecht und Strafproceßrecht geben, wie es sich aus den verschiedenen deutschen Gesetzgebungen darstellen läßt, oder richtiger, er sucht aus diesen letzteren ein heutiges gemeines Recht zu entwickeln. Die Leistung des Verfassers ist ein schätzenswerther Beitrag zur Lösung dieser Aufgabe. Die Artikel geben in bündiger Fassung und in schicklichem Maß einen klaren Ueberblick über die Gestaltung der einzelnen Lehren in der neueren und neuesten Gesetzgebung; sie sind mit Sorgfalt und Umsicht gearbeitet, und zeugen von einer anerkennenswerthen Kenntniß des Stoffs. Einzelne Ungenauigkeiten wird derjenige nicht hoch anrechnen, der weiß wie die vollständige Beherrschung auch nur einer particulären Gesetzgebung nur die Frucht jahrelanger theoretischer oder praktischer Beschäftigung mit derselben seyn kann, und wollte man die tiefere wissenschaftliche Begründung oder die feinere Entwicklung der Detailfragen vermissen, so würde man einen Maßstab an die Leistung anlegen, der durch den ganzen Plan und die Absicht der Unternehmung abgelehnt wird. — Einen eigenthümlichen Vorzug hat übrigens die Arbeit des Hrn. M. R. Brauer darin, daß er das Militärstrafrecht in weiterem Umfang hereingezogen hat, einen Zweig der Rechtswissenschaft, welcher nach seiner richtigen Bemerkung in einer Reihe zum Theil trefflicher Gesetzbücher ein reiches Material bietet, während es ganz an gemeinrechtlichen Bearbeitungen mangelt.

19) Casuistik des Criminalrechts. Von Dr. Eduard Osenbrüggen, Professor der Rechte an der Universität Zürich. Schaffhausen, Fr. Hurter 1854. XVI und 347 S. 8.

Die deutsche Rechtsliteratur besitzt in zahlreichen Sammlungen von Kleins Annalen bis herab zu den neuesten der particulären Landespraxis gewidmeten Zeitschriften einen großen Schatz interessanter und lehrreicher Strafrechtsfälle, so daß der Lehrer, welcher die Bearbeitung praktischer Rechtsfragen auf diesem Gebiete zum Vehikel des Unterrichts benützen will, eher in die Verlegenheit des Ueberflusses als des Mangels gerathen kann. Gerade darum aber wird man die vorliegende, von berufener und geschickter Hand gemachte Auswahl willkommen heißen, welche in 200 Nummern zu den meisten wichtigern Fragen des allgemeinen und besondern

Theils des Strafrechts mit Ausschluß der politischen und der Fleisches-Verbrechen passende Paradigmata gibt, in bündiger Erzählung der species facti und mit Verweisung auf die einschlägige Literatur. Unter den mitgetheilten Fällen wird der in den Annalen der Strafrechtspflege Bewanderte manchen guten alten Bekannten treffen; der Verf. hat aber auch aus minder zugänglichen Quellen, namentlich aus der Schweizer und livländischen Praxis, ansprechendes beigebracht. Was in dem Vorwort über das Verhältniß der Casuistik zur Theorie des Strafrechts, sowie über die Einrichtung eines permanenten „Criminalpracticums" angedeutet wird, verdient alle Beachtung.

20) Denkwürdigkeiten für deutsche Staats- und Rechtswissenschaft, für Rechtsalterthümer, Sitten und Gewohnheiten des Mittelalters gesammelt aus dem Archiv des Reichskammergerichts zu Wetzlar nebst einer Denkschrift über Geschichte, Schicksale, Inhalt und Bedeutung jenes Archivs von Paul Wigand, Ritter des r. A. O. III. Cl., Stadtgerichtsdirector a. D., Mitglied der k. Akademie der Wissensch. zu München. Leipz. 1854. 8. XXVIII und 339 S.

Seit dem Jahre 1852 ist das Archiv des Reichskammergerichts zu Wetzlar, der letzte Ueberrest der Reichs-Justiz, nach einem von der Bundesversammlung entworfenen Plan aufgelöst und sein Inhalt unter die einzelnen deutschen Staaten vertheilt. Die Benützung der dazu gehörigen Acten und Urkunden für rechtshistorische und sonstige wissenschaftliche Forschungen ist dadurch in gewisser Beziehung erleichtert worden. In dem oben angeführten Werk werden uns aus jenen Acten, die den Antheil Preußens ausmachen, Denkwürdigkeiten verschiedenen Inhalts mitgetheilt. Um den Reichthum des Inhalts ermessen zu können, wollen wir die Rubriken angeben, auf welche sich die Actenstücke beziehen. Diese sind aber I. Reichssteuern, Reichshülfe und Geldnoth im 16ten J.; II. Ewiger Landfriede und fortwährende Landfriedensbrüche; III. Zustände der Justiz im 16ten Jahrh. (wobei unter Nr. 10 ein Proceß über Weinverfälschung von 1561 erzählt wird, in welchem namentlich die Frage zur Entscheidung kommt, ob das Einhängen eines Stückes Speck in das Faß, um dadurch das Gähren des jungen Weines zu verhindern, als Fälschung anzusehen sey); IV. Femgericht und das Reichskammergericht (vorzüglich Urkunden, welche sich auf die Kämpfe zwischen dem ersteren

und dem letzteren beziehen, und den allmählichen Untergang des F. G. anschaulich machen); V. die Privilegien und urkundlichen Rechte der älteren Zeit in den Collisionen der Unterthanen mit den Landesherren; VI. zur Geschichte der Städte, Zünfte, Zölle u. s. w.; VII. ehliche Gütergemeinschaft nach westphälischen Gewohnheiten und Statutarrechten; VIII. Heergewedde; IX. Maierrecht, Hofrecht und Leibeigenthum in Westphalen, worüber in sieben Actenstücken nicht uninteressante Daten gegeben werden; X. die Herenprocesse und das Einschreiten des Kammergerichts gegen die dabei eingerissenen Mißbräuche; XI. Epidemie der vom Teufel Besessenen. Das was der Herausgeber in den beiden letzten Rubriken aus den Archiv-Acten aufgenommen hat, können wir dem Publicum unserer Gegenwart nur recht dringend zur Lesung und Beherzigung empfehlen; vielleicht gelingt es manchen zu dem Bekenntniß zu bringen, daß diese geschichtliche Materie noch lange nicht so obsolet sey als viele glauben.

Wir können am Schluß dieser gedrängten Uebersicht über den Inhalt des vorliegenden Buches nur den Wunsch aussprechen, daß ähnliche Forschungen und Mittheilungen durch das angezeigte Werk angebahnt und angeregt werden möchten; denn sicher enthalten die Acten des Archivs noch gar vieles, was für die Kenntniß der Rechts- und Sittenzustände der deutschen Stämme von großem Werth und Einfluß ist.

Berichtigungen.

S. 115 Z. 13 statt: mit dem meisten Ausdruck lies: am meisten mit Ausdauer
„ 116 „ 2 „ der Geister lies: des Geistes.
„ 116 „ 15 „ Stern „ Kern.
„ 125 „ 7 „ oder „ und der
„ 127 „ 7,8 „ von den h. Ehren „ von der h. Ehre
„ 128 „ 14 „ Durch „ Behufs
„ 128 „ 20 nach Zeit füge hinzu: bei
„ 129 „ 3 (v. u.) statt: wie lies: und
„ 177 „ 13 „ „ Saus „ Sans
„ 205 „ 11 „ „ Jugend „ Tugend
„ 217 „ 1 ist einzuschalten nach ward: „in Rom“
„ 220 „ 1 (v. u.) statt: erfolgen wird lies: erfolgt ist.